Der Tauschvertrag

unter spezieller Berücksichtigung des

Schweiz. Obligationenrechts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

UNIVERSITÄT BERN

vorgelegt von

EMMY STOESSEL
von BÄRETSWIL (Kt. Zürich).

BÄRETSWIL / GRAPHISCHE WERKSTÄTTE / 1927

Der Tauschvertrag

unter spezieller Berücksichtigung des

Schweiz. Obligationenrechts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

UNIVERSITÄT BERN

vorgelegt von

EMMY STOESSEL
von BÄRETSWIL (Kt. Zürich).

BÄRETSWIL / GRAPHISCHE WERKSTÄTTE / 1927

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Allgemeiner Teil.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	Unterschied zwischen Kauf und Tausch im heutigen Wirtschaftsleben	9
§ 3.	Abgrenzung des Tausches von ähnlichen Vertragsgebilden	15
§ 4.	Tausch mit Aufzahlung	20

Besonderer Teil.

Der Tausch nach dem schweiz. Obligationenrecht.

§ 5.	Die Stellung des Tausches im System der Verträge und die Anwendung des Kaufsrechts auf den Tausch	27
§ 6.	Der Gegenstand des Tauschvertrages	33
§ 7.	Der Abschluß des Tauschvertrages	38
§ 8.	Der Begriff des Tauschvertrages	45
§ 9.	Die Zug um Zug-Erfüllung	48
§ 10.	Der Erfüllungsort	52
§ 11.	Der Uebergang von Nutzen und Gefahr	55
§ 12.	Der Verzug im Tauschvertrag	63
§ 13.	Die Rechtsgewähr beim Tausch	68
§ 14.	Gewährleistung wegen Mängel der Tauschsache	72
§ 15.	Der Grundstückstausch	82
§ 16.	Der Tausch im kaufmännischen Verkehr	94
§ 17.	Die besonderen Arten des Kaufes und ihre Uebertragung auf den Tausch	103

Anhang.

§ 18.	Der Geldwechsel	108

V.

Literatur.

a) Monographien:

Witte, Der Tausch nach dem B. G. B. für das deutsche Reich, Leipzig, 1907.

b) Werke, die den Tausch in einem besonderen Abschnitt behandeln.

Allgäuer, Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht, Zürich 1918.
Bechmann, Der Kauf, I, II, III; 1876, 1884, 1905.
Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge i. d. Entwurf eines B. G. B. für das deutsche Reich.
Baudry - Lacantinerie et Saignat, De la vente et de l'échange, 1908.
Cuturi, Della Vendita, della Cessione e della Permuta, Napoli e Torino, 1915.
Guillouard, Traités de la Vente et de l'Echange I & II, Paris 1889 et 1890.
Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, 1910.

c) Allgemeine Literatur.

Bloch, Kaufmann und kaufmännischer Verkehr. St. Gallen, 1896.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena, 1900.
Dernburg, Pandekten, 8. Aufl., Berlin 1911.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Jena, 1900.
Endemann, Das deutsche Handelsrecht, 4. Aufl. 1887.
Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. III.
Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweiz. Zivilgesetzbuch, Bern 1908.
Guhl, Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung; in der Festgabe an das Schweiz. Bundesgericht; Bern, 1924.
Huber, Eugen, Schweizerisches Privatrecht, Bd. III und IV.
Huber, Eugen, Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweiz. Zivilgesetzbuches, II. Aufl. 1914.
Koch, Geld und Wertpapier, 1889.
Liefmann, Grundsätze der Volkswirtschaftslehre, Bd. II, Grundlagen des Tauschverkehrs, Stuttgart und Berlin, 1919.
Meier, Richard, Der Erfüllungsort, Diss. jur. Zürich, 1919.
Munzinger, Motive zu dem Entwurf eines schweiz. Handelsrechtes, Bern 1863.

Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff, Leibzig und Erlangen 1921.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 2. Aufl.
Reichel, Hans, Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915.
Rossel, Manuel du droit des Obligations, 2. Aufl. 1905.
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl. Leipzig 1902.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl. 1889.
Studer, Die Güterschlächterei und ihre Bekämpfung, 1919.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Bd. II.

d) Kommentare und Periodika.

Becker, Kommentar zum OR, herausgeg. v. Gmür.
Oser, Kommentar zum OR, herausgeg. v. Egger.
Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts.
Blätter für Zürcherische Rechtsprechung.
Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts.
Staub, Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. II.
Reichesberg, Handwörterbuch der schweiz. Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung.
Handwörterbuch der Staatswissenschaften.

Allgemeiner Teil.

§ 1. Einleitung.

1.

Der Tausch als eine Art der Verkehrsgeschäfte ist in der heutigen Wirtschaftsordnung neben dem Kaufe von geringer Bedeutung. Da sich der Güteraustausch fast ausschließlich mittels der Geldpreisberechnung abspielt, ist der reine Tausch als Rechtsgeschäft eine große Seltenheit. Er führt im Wirtschaftsleben, besonders aber in der Gesetzgebung nur ein Scheindasein. Ein Blick in die Wirtschaftsgeschichte zeigt jedoch, daß auf einer bestimmten Entwicklungsstufe das Tauschgeschäft von überragender Bedeutung war. Von kleinen Anfängen entwickelte es sich zur allgemeinen Wirtschaftsform, um dann mit dem Aufkommen und der Verbreitung des Geldes wieder in enge Grenzen zurückgedrängt zu werden. Heute noch ist der Tausch als Hauptumsatzgeschäft bei den primitiven Völkern vorhanden, doch wird er auch dort durch die Entwicklung des Geldwesens verdrängt werden. Diese erst zu- und dann wieder abnehmende Bedeutung des Tauschhandels tritt bei den einzelnen Völkergemeinschaften mit so weitgehender Uebereinstimmung auf, daß die Art und Weise des Güterumsatzes ein Hauptmerkmal für die Bestimmung der Höhe der Zivilisation eines Volkes geworden ist. Man pflegt ein Volk, das in seinem Güteraustausch noch auf der Stufe des Tauschhandels steht, als nicht weit vorgeschritten zu betrachten und sieht in ihm im wirtschaftlichen Kampfe der Menschengemeinschaften

weit eher das Ausbeutungsobjekt, als den ebenbürtigen konkurrenzfähigen Gegner.

Die erste Stufe der wirtschaftlichen Entwicklung, die Naturalwirtschaft, war in ihren Anfängen ohne Tausch. Dem Ursprung des Tausches muß eine gewisse Arbeitsteilung innerhalb einer Menschenfamilie vorangegangen sein.[1]) Die Tätigkeit innerhalb einer solchen Wirtschaftseinheit war anfänglich nicht auf den Austausch von Gütern eingestellt; man produzierte nur für den eigenen Gebrauch. Erst bei zufälliger Ueberproduktion entstand der Gedanke des Tauschens und fand seine Verwirklichung in gelegentlicher, unentgeltlicher Hilfeleistung des einen in der Wirtschaft des andern. Mit der Wiederholung solcher Dienste regte sich der Wunsch nach Gegenleistungen, bis nach und nach die Gegenleistung selbstverständlich wurde und man nur noch Hülfe leistete in der Aussicht auf einen Gegendienst.

So entstand schließlich der Tausch. Seine Voraussetzungen sind äußerst einfach: in sich abgeschlossene Wirtschaftseinheiten und eine gewisse Herausbildung des Eigentumsbegriffes. Er vollzieht sich nur um des Gebrauchswertes willen, den eine Sache hat. In dieser ältesten Gestalt ist er auch noch nicht Rechtsgeschäft im heutigen Sinne, sondern sofortige tatsächlich ausgeführte Uebertragung der einen Sache gegen Uebertragung der andern.[2]) Selbst der Name Tradition wäre zu viel, denn er hat keine Rechtsfolgen, man begnügt sich lediglich mit der tatsächlichen Uebergabe.

Aber die Beziehungen der Menschen untereinander entwickelten sich, ihre Bedürfnisse mehrten sich, und der gelegentliche Naturaltausch genügte nicht mehr. Dem einen, der in seiner Wirtschaft etwas Ueberflüssiges besaß, gefiel nicht, was ein anderer dafür geben konnte

[1]) Vgl. Liefmann, Grundsätze der Volkswirtschaftslehre II, S. 4.
[2]) Endemann, Handelsrecht, 4. Aufl., S. 488.

oder wollte; oder aber, wenn der zweite gefunden war, der die gewünschte Sache entbehren konnte, so hatte er keine Verwendung für das, was der erste von seinem Ueberschuß abzugeben hatte. Es mußte ein Dritter gesucht werden, der diejenige Sache zu viel besaß, die der erstere wünschte, und dafür entgegennehmen wollte, was der zweite abtreten konnte.[1])

Diesen Schwierigkeiten des Tauschhandels, den richtigen Tauschgegner zu finden, wurde nun, sowie der Güterverkehr größere Ausdehnung und Bedeutung gewonnen hatte und ihm auch die nötige, den Bedürfnissen der Zeit entsprechende Rechtssicherheit geboten werden konnte, durch die Entstehung von Märkten abgeholfen. Aber wenn es nun auch infolge einer zweckmäßigen und übersichtlichen Anordnung der feilgebotenen Gegenstände leichter war, zu finden, was man suchte, so war es doch verhältnismäßig selten, daß zwei Kontrahenten zusammenkamen, welche die fraglichen Gegenstände gerade wechselseitig benötigten; wer eine Sache feilbot, hatte es nicht leicht, einen Abnehmer zu finden, der ihm dafür gab, was er brauchte.[2]) Auch auf den Märkten genügte es einem

---

[1]) v. Menger im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, herausgegeben von Conrad, Elster, Lexis und Loening, Artikel „Geld".

[2]) Eine anschauliche Schilderung dieser Schwierigkeiten bringt Menger, S. 557, aus den Reiseberichten des berühmten Reisenden V. L. Cameron. Dieser berichtet: Boote erhalten (um einen See zu befahren), war mein nächster Gedanke. Da die Besitzer von zwei mir zugesicherten Booten abwesend waren, suchte ich ein dem Syde ibn Habib gehöriges von seinem Agenten zu mieten. Syde's Agent wollte aber in Elfenbein bezahlt sein, das ich nicht besaß; aber ich erfuhr, daß Mohamed ben Salib Elfenbein habe und Baumwollzeug brauche. Da ich aber auch kein Baumwollzeug hatte, so nützte mir dies wenig, bis ich erfuhr, daß Mohamed ibn Gharib Baumwollzeug habe und Draht brauche. Glücklicherweise besaß ich diesen. So gab ich denn dem Mohamed ibn Gharib die entsprechende Menge von Draht, worauf er dem Mohamed ben Salib Baumwollzeug gab, der seinerseits Syde ibn Habib's Agenten das gewünschte Elfenbein gab. Hierauf gestattete mir dieser, das Boot zu nehmen. (V. L. Cameron. Across Afrika, 1877, I., pag. 246 fg.)

Marktbesucher, der einen Gegenstand abgeben wollte, nicht, daß für seine Sache eine mehr oder weniger große Nachfrage vorhanden war; andererseits war demjenigen, der auf dem Markte eine bestimmte Sache suchte, nicht allein damit geholfen, daß mehrere Marktbesucher dieselbe anboten. Die Entwicklung des Verkehrs war also auch auf den Märkten des Tauschhandels, wenn nicht geradezu unmöglich, so doch wesentlich eingeschränkt.

Diese Hindernisse würden für die Produktion und den Güterverkehr unüberwindlich gewesen sein, wenn nicht durch die Natur der Dinge selbst ein Hülfsmittel entstanden wäre, das sie allmählich beseitigte. Bei dem häufiger getätigten Tausch entwickelte sich nämlich ein besonderer Tauschwert, der nichts anderes war, als ein verallgemeinerter Gebrauchswert.[1]) Er fand seinen Ausdruck in der verhältnismäßig leichteren Marktgängigkeit gewisser Güter und hatte die Tendenz, allgemeine Tauschvermittler herauszubilden, die am Ende der Entwicklung ihre ideale Gestalt in gemünzten Edelmetallen fanden. Auf den Märkten machte man nämlich die bedeutsame Beobachtung, daß nach gewissen Gütern nur eine kleine oder eine gelegentliche Nachfrage bestand, nach Gütern anderer Art dagegen eine allgemeinere und beständigere. Derjenige, der Güter der ersteren Art zu Markte brachte, um dafür Güter seines speziellen Bedarfes einzutauschen, hatte regelmäßig geringere Aussicht, diesen Zweck zu erreichen. Er mußte mehr Mühe aufwenden und größere Opfer bringen, als derjenige, welcher mit einer bestimmten andern Art von Gütern zu Markte ging. Es lag daher nahe, daß ein Marktbesucher mit Gütern von geringer Marktgängigkeit, der wenig oder gar keine Aussicht hatte, sie für seinen Bedarf unmittelbar eintauschen zu können, zunächst auch gegen solche Güter

[1]) Endemann, a. a. O., S. 326.

tauschte, die er selbst zwar nicht benötigte, die aber gegenüber seinen eigenen den Vorzug der besseren Marktgängigkeit hatten. Erst durch einen vermittelnden Tausch erhielt er die Aussicht, seinen Endzweck zu erreichen. Solche vermittelnde Tauschakte wurden mehr und mehr vorgenommen, bis sie schließlich allgemein wurden und als normale Form des Güterumsatzes galten.

Als Gegenstände von besonderer Marktgängigkeit erwiesen sich die in begrenzten Mengen vorhandenen Güter allgemeinen Bedarfs, wie Vieh, Sklaven, Schmuck, Edelmetalle, Kupfer und Kupferlegierungen, Getreide, Reis, Tierfelle, Waffen, Salztafeln, Muscheln, Farbstoffe etc. Diese Sachen übernahmen nun neben ihrer Verwendung für den nützlichen Gebrauch und Verbrauch, die Funktion von Tauschmitteln. Der allgemeine Tauschwert einer Sache wurde dadurch die Grundlage für mannigfaltige Verkehrsgeschäfte, welche dem nur um des Gebrauchswertes willen umsetzenden Tauschverkehr noch völlig fehlten.[1]) Dank der Nachahmung und der Gewohnheit wurden diese allgemeinen Tauschvermittler schließlich von allen wirtschaftenden Individuen im Austausche gegen die zu Markte gebrachten, weniger absatzfähigen Güter angenommen, und zwar von vornherein in der Absicht, sie weiter zu vertauschen. Von allen eben erwähnten Tauschgütern erwies sich Metall, namentlich Edelmetall am tauglichsten; damit war das Geld erfunden.

Mit dem Gelde trat zugleich der vollendete Kauf in Erscheinung, und der Tausch verlor seine große Bedeutung im Wirtschaftsleben. Die Naturalwirtschaft mußte der Geldwirtschaft weichen. Durch seine Eigenschaft, mit ihm alle andern Dinge erwerben zu können, wurde das Geld der Inbegriff wertvollen Gutes, anderseits wurde die Fähigkeit einer Sache, als Aequivalent

[1]) Vgl. Endemann a. a. O., S. 326.

eine gewisse Menge Geldes zu finden, ihre wichtigste Eigenschaft neben ihrem Gebrauchswert.[1]) Der Kauf, als das bequemere, sicherere, beweglichere Geschäft, verdrängte den Tausch fast vollständig. Er wird nur noch gelegentlich abgeschlossen, und hat dann häufig keinen streng geschäftlichen Charakter mehr.[2])

2.

Trotzdem die wirtschaftshistorische Entwicklung des Tausches am Beispiel heute noch lebender primitiver Völkerstämme erkannt werden kann und es als unbestritten angenommen werden darf, daß sich der Kauf aus dem Tausche herausgebildet hat, ist es sehr schwer, sich von den rechtlichen Formen dieses Ueberganges ein klares Bild zu machen.

Am besten sind wir über die Gestaltung des Tauschvertrages im römischen Rechte unterrichtet. Aber auch da beginnen die rechtsgeschichtlichen Ueberlieferungen erst, als Kauf und Tausch bereits zu selbständigen fertigen Instituten herausgebildet waren. Vom Naturaltausch, der dem Kauf vorangegangen ist, sind keine Spuren mehr zu entdecken. Rom war seit seiner Entstehung eine Stadt und fand eine ziemlich entwickelte Kultur vor, sodaß es von Anfang an den Geldverkehr pflegte. In dieser Stadt ist auch der Naturaltausch kaum denkbar. Er verkümmerte neben der im Vordergrunde stehenden Geldwirtschaft.[3]) Demzufolge trennte die römische Jurisprudenz die beiden Verträge scharf voneinander. Der Kauf war Konsensualkontrakt, d. h. durch bloße formlose Willensübereinstimmung klagbar. Der Tausch war Real-, und zwar Innominatkontrakt,[4]) und als solcher nicht ohne

[1]) Vgl. Endemann a. a. O., S. 326.
[2]) Dernburg, Pandekten 1912 II. § 360.
[3]) Bechmann, Der Kauf I. § 9, S. 82 ff.
[4]) Tit. Dig. rerum permutatione 19, 4 C. I. C.

weiteres klagbar. Nur wer seinerseits bereits erfüllt hatte, konnte mit einer actio praescriptis verbis auf die eingetauschte Ware klagen, oder aber das Hingegebene mit einer condictio zurückfordern. Später, im Justinianischen Recht, waren alle Verträge klagbar. Man konnte aus dem bloßen Tauschversprechen auf Erfüllung klagen, oder, wenn schon geleistet war, unter den selben Umständen, unter denen man beim Kaufe zurücktreten konnte, Rückgabe des Geleisteten verlangen.[1])

Im ältesten germanischen Recht entstand eine Verbindlichkeit mit rechtlichen Folgen nur aus Delikt. Sie ging auf Buße oder Strafe, die aber Privatstrafe war. Dieser erste Abschnitt gehört jedoch der vorgeschichtlichen Zeit an. Wir können nur auf jene Zeit, die schon den privatrechtlichen Vertrag kannte, zurückblicken.[2]) Der Uebergang vom Realkontrakt zur Vertragsobligation wurde hier durch die sogenannte Vadiumsgabe gefunden, doch traf die Haftung ursprünglich nur den Empfänger des Handgeldes, während sein Geber, bevor er seinerseits empfangen hatte, für Erfüllung nur haftete, wenn er sich durch Treugelübde oder Wette besonders verpflichtet hatte.[3]) Erst später erlangte die Arrha die Kraft eines beidseitig verpflichtenden Haftgeldes. Diese alten Formen verblassten dann zu Handschlag und Trinkgeld, und schon für die letzten Zeiten des Mittelalters, unter dem Einfluß des römischen Rechts, ergab sich das Prinzip, daß die Parteien durch ihre übereinstimmende Willenserklärung vertragsmäßig gebunden wurden.[4]) Wie im römischen, erscheint auch im alten deutschen Recht nicht der Tausch, sondern der Kauf als Grundform

[1]) Vgl. Dernburg a. a. O., § 360.
[2]) Vgl. Huber, schweizerisches Privatrecht, Bd. IV, S. 829.
[3]) Gierke, Deutsches Privatrecht III, S. 336.
[4]) Huber a. a. O., S. 835.

der ersten gegenseitigen Verträge. Das Kaufsrecht wurde auf den Tausch ausgedehnt, der mit ihm seine ganze Entwicklung teilte.[1]) Auch der Tausch wurde zum Konsensualkontrakt. Erst im gemeinen Recht und zum Teil in den Partikularrechten wurden einzelne Verschiedenheiten zwischen Kauf und Tausch, z. B. betr. die Eigentumsverschaffungspflicht beim Tausch anerkannt.

Im neuzeitlichen Recht sind auch diese Unterschiede verschwunden. Auf den Tausch finden fast durchwegs die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung[2]), so im Preußischen Allgemeinen Landrecht[3]), ferner auch im französischen Code civil[4]) und im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch[5]). Eine Ausnahme hievon macht das Oesterreichische Gesetz[6]). Es stellt die Behandlung des Tausches der Regelung des Kaufvertrages voran und greift bei der Normierung des Kaufes auf die getroffenen Tauschbestimmungen zurück.

Die Privatrechte einzelner schweizerischer Kantone regelten den Tauschvertrag auch in enger Anlehnung an die Kaufbestimmungen. So Satzung 799 des Civilgesetzes für den Kanton Bern, § 472 des Civilgesetzes für den Kanton Solothurn, § 619 des Luzernischen Civilgesetzes, § 670 des Aargauischen Bürgerlichen Gesetzbuches, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich / §§ 1480—1482, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Schaffhausen / §§ 1410—1412, Bündnerisches Privatrecht / § 410, Baslerische Landes-Ordnung von 1813 / §§ 159 und 160. In den Kantonen, die das französische Recht nachgeahmt haben, sind

[1]) Vgl. Gierke, a. a. O., S. 434.
[2]) Vgl. Gierke, a. a. O., S. 435, sowie Huber, S. P. R., Bd. III, S. 720.
[3]) §§ 363—375.
[4]) Art. 1702—1707.
[5]) § 517.
[6]) §§ 1045—1052; vgl. Witte, Der Tausch, S. 45.

die Tauschregeln fast wörtlich dem Code civil français entnommen, so in den Civilgesetzen der Kantone Wallis (1443—1447), Genf (1702 –1707), Freiburg (1566 - 1574), Neuenburg (1334 - 1339), Tessin (790 - 795).

§ 2. Unterschied zwischen Kauf und Tausch im heutigen Wirtschaftsleben.

Recht und Wirtschaft sind zwei Lebensgebiete, die stark von einander abhängig sind. Es ist eine der Hauptaufgaben des Rechtes, dem Wirtschaftsleben die nötigen, praktischen Formen zu liefern, um einerseits Reibungen möglichst rasch zu beseitigen oder zu verhindern und anderseits den Verkehr zu erleichtern und zu fördern. In diesem Sinne ist das Recht, und ganz besonders das moderne Obligationenrecht, die Dienerin der Wirtschaft. Das Recht kann nicht seine eigenen Wege gehen, es schafft seine fördernden Impulse nicht aus sich selbst; ebensowenig können veraltete, unpraktische Rechtssätze durch rechtswissenschaftliche oder rechtstechnische Hilfsmittel erhalten werden, wenn sie den Lebensbedürfnissen der Wirtschaft zuwiderlaufen. Das Recht wird zumeist vor Tatsachen gestellt und hat sich diesen anzupassen. Es kann versuchen, ihren Strom zu lenken, aber es liegt nicht in seiner Macht, ihn zu zwingen. So soll denn hier in erster Linie versucht werden, darüber klar zu werden, was heute die Menschen tatsächlich tun, wenn sie kaufen und tauschen, was sie sich rein wirtschaftlich dabei denken und vorstellen, was für Ziele und Zwecke sie damit verfolgen. Erst wenn die tatsächlichen wirtschaftlichen Vorgänge erkannt sind, können Richtlinien für die rechtliche Behandlung aufgestellt werden. Sind gesetzliche Bestimmungen erlassen, so lehrt

erst die Erfahrung, ob sie richtig waren, d. h. ob sie dem Leben genützt, die Ziele und Zwecke der Rechtsgenossen gefördert haben.

Kauf und Tausch, in ihrer äußerlichen Erscheinung betrachtet, sind Wirtschaftsgeschäfte[1]); sie kommen da vor, wo gewirtschaftet wird. Güterproduktion, Güteraustausch, Güterzirkulation sind die hauptsächlichsten Wirtschaftserscheinungen, Kauf und Tausch, vor allem aber der Kauf, ihre häufigste rechtliche Form. Beides sind Hingabegeschäfte[2]). Die Vertragsparteien geben gegenseitig etwas hin und nehmen etwas in Empfang, wobei die zwei Leistungen zueinander in gewissen Beziehungen stehen. Dabei nimmt jeder Kontrahent darauf Bedacht, daß er für das, was er weggibt, etwas für ihn Gleich- oder Mehrwertiges erhält. Dieses beidseitige Werten und Abschätzen unterscheidet die beiden Verträge von der Schenkung. Zugleich führt es auch auf einen wichtigen Unterschied des Kaufes vom Tausch. Das Werten beim Kauf wird sorgfältiger vorgenommen[3]), als beim Tausch. Vor Abschluß eines Kaufgeschäftes wird Umschau gehalten, wie andere im gleichen Falle handelten, was andere für ähnliche Sachen als Gegenleistung gaben oder empfingen. Man will nicht knauserig, aber auch nicht zu freigebig sein. Wo es angeht, richtet man sich nach dem, was andere gemacht haben, sogar ohne Ueberlegung, in der Annahme, daß ein Kauf oder Verkauf,

[1]) Vgl. Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtbegriff, S. 5: „Wirtschaftsgeschäfte, die von der Rechtsordnung nicht geschaffen, sondern nur anerkannt und ausgestaltet werden. Sie dienen dazu . . einen so oder so beschaffenen wirtschaftlichen Erfolg herzustellen . . Mangels einer Rechtsordnung oder doch einer entwickelten Rechtsordnung würden sie nur als Realakte denkbar sein, die den wirtschaftlichen Erfolg unmittelbar herstellen."

[2]) So genannt von Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, S. 318.

[3]) Vgl. auch Guillouard II, S. 477, Nr. 926.

der von ungezählten andern gleich abgeschlossen wurde, wirtschaftlich vorteilhaft sei. Dieses sorgfältige genaue Abwägen beim Kauf wird ermöglicht durch die eine, in ihrer Erscheinungsform stets sich gleichbleibende Leistung dieses Vertrages, die Geldleistung. Sie ist das einzige äußere Kennzeichen, das den Kauf vom Tausch unterscheidet. Sie hat beim Kauf[1]) auch ihren besonderen Namen, der sie vor den anderen Leistungen deutlich kennzeichnet: die Zahlung. Zahlen bedeutet immer Geld leisten[2]); in der Geldwirtschaft erlaubt allein das Geld die genaue Wertung einer Sache, indem Kaufsache und Geldleistung zueinander in Beziehung gesetzt werden, durch Ansetzen eines Preises. Preis beim Kauf im konkreten Sinne, ist die Menge Geldes, welche für die Kaufsache hingegeben wird. Für gewisse Waren, die in großen Mengen umgesetzt werden, bilden sich gleichmäßige Preise aus, sodaß ein solcher Kauf ganz mechanisch, unpersönlich zu Stande kommen kann, indem Käufer und Verkäufer sich in ihren Bedingungen an diese sogen. Marktpreise[3]) halten.

Der äußere Unterschied von Kauf und Tausch, die Geldleistung, führt auf ihre wirtschaftlichen Besonderheiten, welche die Grundlage ihrer getrennten rechtlichen Behandlung bilden. Dadurch, daß beim Tausch auf beiden Seiten typische[4]), individualisierte Leistungen vorhanden sind, wird ihr Abschätzen gegeneinander weniger sorgfältig vorgenommen; da das Geld, der allgemein anerkannte Wertmesser fehlt, stehen die

---

[1]) Wie bei allen Gegenseitigkeitsverträgen, bei denen sie als die untypische, gegenüber der typischen Leistung (im Sinne Hoenigers) auftritt. Vgl. Hoeniger, Die gemischten Verträge, S. 84.

[2]) Dagegen ist Geldleistung nicht immer Zahlung im privatrechtlichen Sinne.

[3]) Hier im wirtschaftlichen, nicht in gesetztechnischem Sinne zu verstehen.

[4]) Vgl. Hoeniger, a. a. O., S. 84.

beiden Schätzungen auch nicht auf gleicher Grundlage. Jede Partei wertet für sich gemäß der Bedeutung der beiden Leistungen in der eigenen Wirtschaftssphäre[1]). Es wird überlegt: wie verhält sich für mich der Gebrauchswert der Sache, die ich zu veräußern gedenke, zum Gebrauchswert der Sache, die ich empfangen werde? Wenn sich die Wertungen ungefähr das Gleichgewicht halten, wird das Geschäft abgeschlossen, ohne Rücksicht auf das, was andere im gleichen Fall getan hätten, oder was bei einer gegenseitigen Preisansetzung herausgekommen wäre. Die Funktion des Preises wird vollständig ausgeschaltet[2]) und damit auch das unpersönliche objektive Moment im ganzen Vertragsverhältnis. Es ist unrichtig, wie gelegentlich behauptet wurde[3]), daß die beiden Leistungen beim Tausch im kauftechnischen Sinne zugleich Ware und Preis seien. Rein naturalwirtschaftlich gedacht, mag dies stimmen. In unserer geldwirtschaftlichen Epoche aber, und in gesteigertem Maße noch in einer vielleicht kommenden ausschließlichen wertwirtschaftlichen Zeit[4]), ist diese Auffassung ohne Grundlage. Der Ankauf oder der Verkauf einer Sache für sich allein ist ein vollständig abgeschlossenes Ganzes, wirtschaftlich wie rechtlich. Schon durch Besitz eines bloßen Tauschvermittlers ist der Zweck des wirtschaftenden Individuums erreicht. Es beurteilt die Sache nach dem Geldmaßstab und nicht nach dem persönlichen Gebrauchswert. Dieser Unterschied zwischen Kauf und Tausch ist stets zu beachten: der Tauschende gibt seine Sache als Sache weg, um einer andern Sache willen. Er will einen Gebrauchsgegenstand einem andern substituieren[5]).

[1]) In gleichem Sinne Cuturi, Della Vendita, S. 823.
[2]) Cuturi, a. a. O., S. 823.
[3]) Pothier, in Guillouard, Traités de la Vente et de l'Echange II. S. 459, Nr. 912.
[4]) Endemann, a. a. O., S. 326.
[5]) So auch Guillouard, a. a. O. II., S. 477, Nr. 926 und Dernburg, a. a. O., S. 103, Kap. V.

Beim Kauf dagegen handelt es sich weniger um die Sache als solche, die eine Leistung, das Geld, darstellt, als um den Geldwert, den die andere darstellt. Objektive Gleichwertigkeit ist hier das Ziel der Parteien[1]).

In unserer Zeit vorwiegenden Geldverkehrs ist auch der wirtschaftliche Charakter des Tausches ein anderer als der des Kaufes. Jener eignet sich weniger für die vielgestaltigen Bedürfnisse des Geschäftslebens, er kommt meist nur in gelegentlichen einfacheren Verhältnissen vor. Der Kauf ist stets eine streng geschäftliche Handlung, die ganz bestimmte Pflichten auferlegt. Er ist das handelsmännische Geschäft par exellence[2]). Der Tausch ist dies in der Regel nicht. Es kommt dem Tauschenden häufig nicht darauf an, einen vollen Gegenwert zu erzielen, sondern er will eine Sache losbekommen. Oft tauscht man nicht aus eigenem Geschäftswillen, sondern nur gefälligkeitshalber. Das alles deutet auf einen mehr freundschaftlichen Charakter des Tausches hin. Zwei Tauschende fühlen sich in einem weniger strikten Rechtsverhältnis zueinander, als Käufer und Verkäufer. Sie wollen sich gegenseitig nicht für das ganze Interesse haften und wissen vielleicht, daß die in Tausch gegebenen Sachen am richtigen Ort verwertet, einen hohen Preis erzielen würden, doch mit Rücksicht auf die persönlichen Beziehungen der Parteien wird diese Absatzmöglichkeit bei Ansetzung der Gegenleistung ausgeschaltet. Vielfach wird auch gerade deshalb für einen Güterumsatz die Tauschform gewählt, um dem Geschäft den persönlichen Charakter zu geben[3]).

---

[1]) Ebenso Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge, S. 14.

[2]) Munzinger, Motive, S. 241.

[3]) Vgl. Bernhöft, a. a. O., S. 14: „Man wird geschenkte Sachen noch eher vertauschen als verkaufen und mit einem guten Freunde eher einen Tausch als einen Kauf abschließen."

Es gibt noch ein weiteres Moment beim Kaufe, das ihm gegenüber dem Tausche einen bezeichnenden Stempel aufdrückt. Das ist die Kreditierung des Kaufpreises. Der allgemeine Kredit, den eine Person genießt, ist in hohem Maße ausschlaggebend für die Art und Größe der Geschäfte, die man mit ihr abschließt. Eine, wenn auch zeitlich nur sehr kurz dauernde Kreditierung des Kaufpreises liegt in jedem Kaufgeschäft, sofern nichts anderes abgemacht wird; es gilt als allgemeine Norm, daß zuerst die Sache hingegeben und erst nachträglich gezahlt wird. Vermittelst des Kredites kann man kaufen, ohne Geld zu haben. Anders beim Tausch. Man tauscht regelmäßig nicht Objekte, die man noch gar nicht besitzt. Die Kreditgewährung ist nicht üblich. Daran erkennt man, daß beim Kauf die rechtlichen Beziehungen engere sind als beim Tausch. Der Kredit bildet ein festes vertragliches Band, das auch bei ausbleibender Erfüllung der kreditierten Leistung nicht ohne weiters gelöst werden kann. Beim Tausch bedeutet Vorleisten nicht Kreditieren der Gegenleistung, schon aus dem Grunde, weil es rein zufällig ist, welche der beiden Leistungen zeitlich zuerst erfolgt. Die Rechtsfolgen können sich auch nicht an die obligatorischen Wirkungen eines Preises oder an die Höhe des kreditierten Geldbetrages knüpfen, da Sache und Sache sich gegenüberstehen. Die realen Objekte sind die Grundlage des Geschäftes. Ihre Verknüpfung erscheint daher im modernen Rechte, wo das Hauptgewicht auf konsensualer Vertragsbindung liegt, loser als beim Kaufe. Doch trifft dies, wie weiter unten noch gezeigt werden soll, nur scheinbar zu, indem im Gegensatz zur obligatorischen, beim Tausch die dingliche Bindung die stärkere ist.

Zusammenfassend können über die wirtschaftlichen Unterschiede von Kauf und Tausch folgende

Punkte aufgestellt werden, die bei der Behandlung der rechtlichen Unterschiede wegleitend sein müssen:

Kauf.	Tausch.
1. Normale Form der Güterzirkulation.	Gelegentliche Form der Güterzirkulation.
2. Genaue Abschätzung des Gegenwertes.	Ungefährer Gegenwert.
3. Preis.	Kein Preis.
4. Geldzahlung.	Keine Geldzahlung.
5. Austauschobjekte: Sache — Sache.	Sache — Geld.
6. Streng geschäftlicher Charakter.	Freundschaftlich persönlicher Charakter.
7. Kreditierung der Geldleistung.	Keine Kreditierung.
8. Obligatorische Bindung wesentlich.	Dingliche Verknüpfung stärker.

§ 3. Abgrenzung des Tausches von ähnlichen Vertragsgebilden.

Wirtschaftlich spielt das Tauschverhältnis nicht nur als gegenseitiger Veräußerungsvertrag, als sog. Tausch-Kauf eine Rolle. Als Modus des Ausgleichs von gegenseitigen Leistungen zwischen zwei Vertragsparteien kann es bei den verschiedensten Verträgen vorkommen, in denen eine Geldleistung als Zahlung ausgeschaltet ist. Praktisch von geringer Bedeutung, aber sehr wohl denkbar ist z. B. die Tausch-Miete, oder die Tausch-Pacht, d. h. zwei zueinander in Ausgleichsbeziehung gebrachte Miet- bezw. Pachtverträge zwischen den gleichen Parteien. Häufiger werden Verträge über ungleichartige Leistungen in ein Austausch-

verhältnis gebracht, wie Kauf und Miete, Dienstvertrag und Miete oder Kauf und Pacht, wo überall an Stelle der sonst üblichen Geldleistung die Leistung eines anderen Vertrages tritt. Hoeniger[1]) leitet alle diese Verträge, inbegriffen den Tausch-Kauf, von einem gemeinsamen Grundprinzip ab. Er geht davon aus, daß die entgeltlichen Verträge in ihrer ursprünglichen Form stets zwei verschiedenartige Leistungen enthalten, eine typische Leistung, die dem Vertrag den Namen gibt, — z. B. im Dienstvertrag die Dienstleistung — und eine untypische Leistung, die Zahlung in Geld[2]). Ein Gesetz normiert in der Regel bei einem Vertrag hauptsächlich die typische Leistung, für die untypische Geldgegenleistung stellt es nur wenige Vorschriften auf. Werden nun in einem Vertrag zwei typische Leistungen einander gegenübergestellt, so nennt Hoeniger diese Verträge doppeltypische[3]), oder auch gemischte Verträge, weil die Vertragsteile nicht so, wie das Gesetz sie anführt, d. h. stets eine typische und die untypische Leistung miteinander, zusammengestellt werden, sondern willkürlich kombiniert sind. Daraus ergibt sich auch für die rechtliche Beurteilung dieser Verträge eine eigenartige Doppelstellung der Parteien je als Schuldner der einen und als Gläubiger der andern Leistung. Sie ist aber nach Hoeniger[4]) keine gleichzeitige und einheitliche, sondern führt dazu, daß die Folgen des einen und des andern typischen Vertrages nebeneinander gestellt und gegen einander abgewogen werden.

Die gleiche innere Konstruktion als Kombination zweier Kaufverträge möchte Hoeniger auch auf den Tausch anwenden und ihn als einen doppeltypischen

---

[1]) Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, 1910.
[2]) Derselbe a. a. O. S. 84.
[3]) Derselbe a. a. O. S. 81.
[4]) Derselbe a. a. O. S. 78/79.

Vertrag, als Doppelkaufvertrag behandelt wissen[1]). Zu dieser Anschauung gelangt er, weil er das Institut des Tausches lediglich aus dem Gesetze konstruiert und den Zusammenhang mit seiner historischen Entwicklung außer Acht läßt. Daher muß ihm der Tausch als eine Unterart des Kaufes erscheinen, als eine dem Kaufe nachgebildete Vertragsform, in der die typische Kaufleistung, die Gegenstandsverschaffung, auf beiden Seiten vorhanden ist. Bei dieser Konstruktion muß es als rein zufällig erscheinen, daß die Gesetze von allen doppeltypischen oder gemischten Verträgen ausgerechnet den Tausch — wenn auch nur summarisch — normieren und die andern kombinierten Vertragsformen nicht beachten, trotzdem diese zum Teil wirtschaftlich von größerer Bedeutung sind[2]). Hoeniger sucht diese Ausnahmestellung im Gesetze durch die Gewohnheiten des Geschäftsverkehrs und den Sprachgebrauch des täglichen Lebens zu erklären und stellt in seiner systematischen Betrachtung den Tausch auf die gleiche Stufe wie die gemischten Verträge[3]). Es ist richtig, daß alle entgeltlichen Verträge, mit Ausnahme von Tausch und Kauf, die gleiche Entwicklung durchgemacht haben. Nach dem Aufkommen des Geldes traten sie zuerst als eintypische Verträge auf und wurden erst später zu doppeltypischen Verträgen kombiniert. Daher ist es angebracht, bei diesen Verträgen die Vertragsparteien einmal als Schuldner der einen Leistung und nachher als Gläubiger der andern Leistung zu betrachten und diese Doppelstellung nicht zu einer sachlichen und zeitlichen Einheit zu verschmelzen. Beim

[1]) Hoeniger, a. a. O., S. 81 und S. 85.
Gleicher Ansicht: Becker, Kommentar zu Art. 237/8 OR, wobei aber die Folgen aus dieser Auffassung nicht gezogen werden und der Tausch doch als einheitliches Geschäft beurteilt wird.

[2]) Z. B. Kauf-Miete (Bierlieferungsvertrag).

[3]) Hoeniger, a. a. O., S. 81.

Tausch-Kauf aber muß zur Aufstellung von allgemeinen Merkmalen berücksichtigt werden, daß der Tausch als ein streng einheitlicher „eintypischer" Vertrag vor dem Kaufe entstanden ist. Seine ursprüngliche Form darf in der rechtlichen Beurteilung nicht außer Acht gelassen werden. Sie ist allgemein im Rechtsgefühl lebendig und tritt im einzelnen Vertragsverhältnis stets als Motiv oder als stillschweigend anerkannter Parteiwille in Erscheinung.

Was Hoeniger unter dem Tausch als gemischtem Vertrag versteht, ist im Wirtschafts- und Rechtsleben auch vorhanden. Doch ist dies nicht reiner Tausch, sondern ein Rechtsgeschäft, das nur im tatsächlichen Ergebnis demjenigen des Tausches gleichkommt, indem hier wie dort schließlich zwei Sachleistungen ausgetauscht sind. Es ist der Doppelkaufvertrag, der sich ohne weiteres in zwei Kaufverträge zergliedern läßt, wobei die Parteien wechselseitig Schuldner und Gläubiger sind. Zweck der Kombination ist vereinfachte Abwicklung der Geschäfte und gegenseitige Verrechnung des Kaufpreises. Der Kaufpreis wird in beiden Verträgen gesondert aufgestellt und es ist Zufall, wenn er sich gegenseitig aufhebt und das Geld als Wertübertragungsmittel wegfällt. Die Parteien stehen sich je als Käufer und Verkäufer gegenüber; mit jeder auszuwechselnden Sache wird ein besonderer Umsatzzweck verfolgt[1]). Dieser Doppelkauf soll in der vorliegenden Untersuchung nicht berücksichtigt werden. Er hat rechtlich keine Besonderheiten, weil er nach dem (unausgesprochenen) Willen der Parteien als zwei Kaufverträge mit entsprechender Aufrechnung beurteilt werden muß. Er genießt vor den andern gemischten und doppeltypischen Verträgen keine privilegierte rechtliche Stellung.

Eine andere tauschähnliche Geschäftsabwicklung zwischen zwei Parteien, die hier auch ausgeschaltet

[1]) Vgl. auch Becker, Komm. zu Art. 185 OR., S. 8.

werden soll, ist die Hingabe einer Sache an Zahlungsstatt für eine in Geld zu bezahlende Kaufpreisforderung. Wie beim Doppelkauf können auch da die Anhaltspunkte zur Unterscheidung vom Tausch nicht äußerlich in der An- oder Abwesenheit der Geldleistung gefunden werden, sondern nur in der inneren Konstruktion des Vertrages und im Willen der Parteien. Die Hingabe an Zahlungsstatt setzt zwei rechtliche Abmachungen voraus: In erster Linie und zeitlich vorangehend einen Kaufvertrag mit Sachleistung und entsprechendem Preis in Form einer Geldleistung. Der Rechtsgrund, die causa dieses Vertrages ist Kauf. Nun wird dieser erste Vertrag durch einen zweiten modifiziert und abgemacht, daß der Käufer nicht in Geld, sondern durch Hingabe einer bestimmten oder noch zu bestimmenden Sache „zahlen" könne. Die Motive des Verkäufers im zweiten Vertrage, Ware als Zahlung anzunehmen, sind andere als bei der ursprünglichen Festsetzung der Geldzahlung. Hingegen bleibt der Rechtsgrund im zweiten Vertrage derselbe: die beiderseitige Ware soll aus Kauf geliefert werden. Es wäre unbillig für den Verkäufer, wenn durch die Abmachung der Hingabe an Zahlungsstatt das Geschäft aus einem Kauf zu einem Tausch gewandelt würde. Die Rechtsfolgen bei Nichterfüllung oder nicht rechtzeitiger Erfüllung würden für ihn dadurch ungünstiger. Nur wenn es von den Parteien ausdrücklich ausgemacht wird, daß sie durch die Hingabe an Zahlungsstatt den Kauf in einen Tausch umwandeln wollen, darf Tauschrecht angewendet werden. Dadurch wird an Stelle des alten Vertrages ein neuer gesetzt, die Hingabe an Zahlungsstatt bleibt nicht substituierte Vertragserfüllung, sondern wird zur vollwertigen Vertragsleistung.

Kein Tausch im rechtlichen Sinne ist auch die Auseinandersetzung von Miteigentümern und Gesamteigentümern durch reale Teilung des Eigentums und

Ueberlassung der einzelnen Sachteile zu Alleineigentum[1]), oder der Austausch von Erbschaftsgegenständen unter Erben. Wenn ein Sozietätsverhältnis gelöst oder eine Erbschaft geteilt wird, so wechseln allerdings Sachen den Eigentümer, und zwar kann dies äußerlich betrachtet auch geschehen durch einen gegenseitigen Austausch. Seine rechtliche Grundlage ist aber nicht ein freier Vertrag unter den Beteiligten, sondern ein Beschluß derselben, eine Anordnung des Gesetzes oder des Richters. Darum kann das Tauschrecht nicht angewendet werden.

§ 4. Tausch mit Aufzahlung.

Wenn die Unterscheidung von Kauf und Tausch schon bei Verträgen mit einheitlichen Leistungen, sei es Geld oder Sache, oft schwierig ist und zur Abgrenzung nach der inneren Konstruktion des Geschäftes, vor allem nach dem Willen und den Zwecken der Parteien, geurteilt werden muß, so wird die Frage, ob Kauf oder Tausch vorliegt, sehr schwer zu lösen, wenn eine Vertragsleistung in Sache und Geld besteht.

Ein Hauptmerkmal des Tausches ist der Wegfall des Preises und der Geldleistung. Dadurch werden diese zu positiven Merkmalen des Kaufvertrages. Wo neben den beiden einander gegenüberstehenden Leistungen an einen Preis gedacht wird, ist immer Kauf anzunehmen. Die Zugabe zum Geld ist entweder eine sog. Nebenleistung zur Hauptleistung, oder eine Hingabe an Zahlungsstatt. Ist sie Hingabe einer Sache an Zahlungsstatt, so ist es unwesentlich, welcher Teil der betreffenden Leistung größeren Wert hat, der Geldbetrag oder die Zugabe, denn Voraussetzung jeder

[1]) Becker, Kommentar zu Art. 237/8 OR., S. 156.

Hingabe an Zahlungsstatt ist eine ursprüngliche Preisansetzung, also ein Kauf.

Erscheinen aber beim Kauf die zum Geld hinzukommenden Leistungen als eigentliche Nebenleistungen, weil sie von Anfang an neben dem Geldbetrag vereinbart wurden und zum ursprünglichen Geschäftszweck des Verkäufers gehören und ist ihr Wert gleich groß oder größer als der Wert der Hauptleistung, so fragt es sich, ob nicht Tausch angenommen werden soll. Es entspräche dem natürlichen Rechtsempfinden, die Benennung eines Vertrages über zwei kombinierte Leistungen, auch wenn sie als Haupt- und Nebenleistung erkennbar sind, von dem gegenseitigen Wertverhältnis der beiden Leistungen abhängig zu machen. Doch genügt zur Beurteilung eines Vertrages die Möglichkeit, rechtlich die Hauptleistung zu erkennen, ohne Berücksichtigung des Wertes der Nebenleistung[1]). Ist das Hauptgeschäft ein Kauf, so ist das Ganze ein Kaufvertrag, auch bei größerem Wert der Nebenleistungen.

Die gleiche Ueberlegung ist anzuwenden auf den Tauschvertrag. Wurde ein Tausch abgeschlossen und ein Geldbetrag auf einer Seite als „Aufgeld“[2]) vereinbart, so ist der ganze Vertrag als Tausch anzusehen. Die Bezeichnung des Geldbetrages als Aufgeld schließt die Eigenschaft einer Preiszahlung aus. Meistens werden in der Praxis zwei Objekte gegeneinander ausgetauscht, welche nicht genau den gleichen Wert haben, und in der Regel wird auch beim Tausch der Wertausgleich durch ein Aufgeld vollzogen, doch ist damit kein Kaufpreis festgesetzt[3]). Wenn auch im Zeitalter der Geld-

[1]) Ebenso: Blätter f. Zürcher. Rechtsprechung, N. F., Bd. VII, S. 26.

[2]) Französisch: soulte.

[3]) Aehnlich Bechmann, a. a. O. II, S. 171: „Der Begriff des Tausches wird dadurch allein, daß die Parteien den Wert der Tauschobjekte in Geld veranschlagen, nicht ausgeschlossen. Dies ist von selbst klar in den Fällen, wo jede Partei eine solche Veranschlagung für sich allein vornimmt; es ist aber nicht minder

wirtschaft der überwiegende Teil der Umsatzgeschäfte durch Preisfestsetzung und Preiszahlung abgewickelt werden, so ist doch für den Tausch daran festzuhalten, daß hier die Gegenstände als solche gegeneinander gewertet werden, ohne Preisansatz. Werden sie ungleichwertig befunden, so wird zur minderwertigen Leistung ein Geldbetrag abgemacht, der den ungefähren Ausgleich herstellen soll; der Tauschcharakter des ganzen Geschäftes wird dadurch nicht berührt.

In vielen Fällen wird es aber in einem Vertrage nicht deutlich erkennbar sein, ob Kaufpreis mit Nebenleistung oder Tausch mit Aufzahlung vorliegt, weil die Parteien meist nur an die wirtschaftlichen Zwecke denken und die rechtlichen Formen außer Acht lassen. In verschiedenen Gesetzgebungen wurden daher allgemeine Grundsätze darüber aufgestellt[1]).

---

wahr auch dann, wenn die Veranschlagung auf gegenseitiger Verständigung und Uebereinkunft beruht. Ohne Reduktion auf den gemeinschaftlichen Nenner des Geldes, kann ein Tausch von einigermaßen bedeutenden Objekten nicht leicht vorkommen."

[1]) Von den schweizerischen alten kantonalen Privatrechten spricht sich hierüber das Zivilgesetzbuch für den Kanton Bern aus: „Wird eine Sache gegen eine andere oder teils gegen Geld, teils gegen andere Sache veräußert, so ist der Vertrag als Tausch anzusehen . ." (Satzung 799). Vgl. auch Schnell, Kommentar zu Satzung 799, Ztschr. B. J. V., Bd. II, S. 237: „Bei einer Veräußerung einer Sache gegen Sache und Geld, ist stets Tausch anzunehmen, gleichgültig, wie deren Wertverhältnis zueinander ist."

Eine andere Lösung hat die Baselische Landesordnung von 1813, § 159: „Wenn eine Sache um eine andere verwechselt wird, pflegt man diesen Vergleich einen Tausch zu nennen, öfter aber geschieht es, daß nebst Sachen auch noch Geld dazu, für andere Sachen gegeben werde, in welchem Falle darauf zu sehen, ob das Geld oder aber die nebst dem Geld zugestellte Sache, eine größere Summe ausmache. Im ersten Fall ist dieser Vergleich als ein Kauf, in dem andern aber als ein Tausch anzusehen." Aehnlich das Bündnerische Privatrecht, § 410: „. . Besteht die Gegenleistung teils in Geld, teils in anderen Sachen, so ist der Vertrag als Kauf- oder als Tauschvertrag zu beurteilen, je nachdem der größere Wert der Gegenleistung in Geld oder in anderen Sachen besteht", und der Codice Civile della Repub-

Im schweizerischen OR ist keine Bestimmung über den Tauschvertrag mit Aufzahlung. Es ist Aufgabe von Wissenschaft und Praxis, darüber Normen aufzustellen. Neben der oben erwähnten gesetzlichen Möglichkeit, einen Vertrag entweder ganz als Tausch oder ganz als Kauf zu beurteilen, werden in der Doktrin noch zwei andere, vermittelnde Ansichten vertreten. Der Vertrag soll geteilt und soweit als Tauschvertrag behandelt werden, als die Sachleistung auf beiden Seiten geht. Die Geldleistung mit dem entsprechenden Teil der Sachleistung soll als Kaufvertrag betrachtet werden. Doch sind sich die betreffenden Autoren selbst der Mangelhaftigkeit ihrer Lösungen bewußt. So für das französische Recht Troplong: „L'échange se trouve mélangé de vente". Um aber den Vertrag doch einheitlich benennen zu können, entscheidet er: wenn der Wert der Sache das Aufgeld übersteigt, liegt Tausch vor, im umgekehrten Falle Kauf. Sind beide Teile gleich, so soll wiederum Kauf angenommen werden, „parceque dans le doute on doit faire triompher le contrat le plus noble"[1]). In etwas anderer Weise äußern sich über das französische Recht

---

blica e Cantone Ticino, 792: „La permuta non cambia natura quando anche v'intervenga conguaglio in denaro: ove questo pareggi od oltrepassi la metà del valore della cosa data in cambio, sarà considerata come compera e vendita."

In gleichem Sinne wie die Bernische Satzung entschied auch das Badische Landrecht: „Wo ein Aufgeld gegeben wird, sei es groß oder klein, wird das Geld mit als Ware angesehen, solange nicht ein Anschlag der beiderseitigen Tauschgegenstände in dem Vertrag ausgedrückt ist, und das Geld dadurch als Zugabe des auszugleichenden Preises vereigenschaftet wird." Vgl. Hoeniger, a. a. O., S. 352. Entgegengesetzter Auffassung ist das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch, das Tauschverträge mit einer Geldzahlung immer als Kauf behandelt. Vgl. B. G. B. §§ 507 und 473, ferner Entscheide des Reichsgerichts, Bd. 88, S. 363.

[1]) Hoeniger, a. a. O., S. 351.

Baudry-Lacantinerie et Saignat[1]): „Au point de vue fiscal on divise le contrat". Er fügt aber sofort bei, man habe im Prinzip den Vertrag als Ganzes zu würdigen, die Parteien wollten nicht zwei Verträge machen, ihre Abmachung sei einheitlich und man könne sie nicht teilen, ohne ihre Absichten mißzuverstehen[2]). Cuturi[3]) nimmt an, daß auch nach italienischem Recht ein Vertrag in Kauf und Tausch zerlegt werden kann, doch sollte, wenn der Preis ein bloßer Ausgleich ist, der Vertrag seine Einheit behalten und als Tausch betrachtet werden. Für das neue schweizerische Recht wird eine ähnliche Auffassung von Oser[4]) vertreten, nach den Grundsätzen des gemischten Vertrages im Sinne Hoenigers: „Es ist also grundsätzlich die Verpflichtung zur Sachleistung nach den Vorschriften über den Tausch, die zur Geldleistung nach denen über den Kauf zu beurteilen." Doch wird hinzugefügt: „Wo aber die Anwendung der Bestimmungen beider Vertragsarten miteinander ausgeschlossen ist[5]), so ist zu fragen, welche Leistung als Hauptsache und welche als Nebenleistung zu betrachten ist."

---

[1]) Baudry-Lacantinerie et Saignat, De la vente et de l'échange, S. 971, Nr. 974.

[2]) Baudry, a. a. O., S. 974, Nr. 974 und Nr. 975: „ . . . l'échange avec soulte doit être considéré comme un échange, à moins que la somme payée ou promise à titre de soulte par l'une des parties ne soit tellement supérieure à la valeur de la chose à livrer par la même partie que le paiement de cette somme forme en réalité l'objet principal de l'obligation."

[3]) Cuturi, a. a. O., S. 823, Nr. 237.
Bechmann, a. a. O. II, S. 146: „Ist aber das Wertverhältnis beider Leistungsobjekte, des Geldes und der anderweitigen Leistung gleich, so besteht nur die Wahl, entweder das Geschäft gleichwohl als einheitliches aufzufassen, oder aber ein aus Kauf und Tausch kombiniertes Geschäft, nach Analogie des negotium mixtum com donatione, anzunehmen."

[4]) Oser, Kommentar zum OR, Vorbemerk. z. 5. Abschnitt, Nr. 2a.

[5]) Es handelt sich z. B. um die Frage der Aufhebung des ganzen Vertragsverhältnisses infolge Verzuges.

Ausgehend davon, daß der Tauschvertrag ein einziges, einheitliches Rechtsgeschäft ist, und dies auch dann, wenn eine der Leistungen äußerlich in zwei Teile zerfällt, ist es abzulehnen, einen solchen Vertrag unter die gemischten Verträge einzureihen und jedes Stück desselben unter die Normen desjenigen rechtlichen Institutes zu stelllen, zu dem es am besten passt.

Befindet sich in einem gegenseitigen Veräußerungsvertrag auf der einen Seite eine aus Geld und Sache bestehende Leistung und ist nicht erkennbar, ob es sich um Kauf mit Zugabe einer Sachleistung oder um Tausch mit Aufgeld handelt, so muß doch — aber auch erst dann — die Entscheidung auf mechanische Art vorgenommen und darauf abgestellt werden, welche der beiden Leistungen größeren Wert hat. Die Sachleistung soll nicht nach eigener Schätzung der leistungspflichtigen Partei, sondern objektiv nach dem allgemeinen Verkehrswerte beurteilt werden. Dies ist wohl gemeint, wenn die Mehrheit der Autoren[1]) mangels einer gesetzlichen Bestimmung vorschlagen, den Vertrag nach der hauptsächlichen Leistung zu benennen. Major pars trahit ad se minorem.

Allerdings taucht auch hier eine Schwierigkeit wieder auf, wenn Geld und Sachleistung einander vollständig gleichwertig befunden werden und weder innere noch äußere Anhaltspunkte vorhanden sind, die einen Entscheid rechtfertigen könnten. In diesem seltenen Fall soll dem Kauf der Vorzug gegeben werden, obschon die Begründung von Troplong: dans le doute on doit faire triompher le contrat le plus noble — aus dem Gebiet der Ethik stammt. Die Ethik soll aller-

[1]) Guillouard, a. a. O. II. S. 471. Becker, Kommentar zum OR, S. 8. Im allgemeinen übereinstimmend auch Oser, Komm. z. OR, S. 547; Bechmann, a. a. O., S. 146; Baudry-Lacantinerie et Saignat, S. 974.

dings für das Recht Richtlinie sein; daß aber hier nach Würdigkeit oder Unwürdigkeit unterschieden werden soll[1]), ist zu bestreiten. Wirtschaftliche Gründe genügen. Der Kauf nimmt nun einmal heute unter den Umsatzgeschäften den ersten Rang ein. Die Menschen denken mehr oder weniger kaufmännisch, zum mindesten geldwirtschaftlich. Um tauschgeschäftlich zu denken, müssten sie sich umstellen; der Tausch ist zum Ausnahmegeschäft geworden. Allein schon dieses wirtschaftliche, man kann auch sagen quantitative Ueberwiegen des Kaufes über den Tausch rechtfertigt es vollkommen, in den erwähnten Fällen einheitlich die Kaufsregeln anzuwenden. Aus dem selben Grunde ist auch für den Richter die Wahrscheinlichkeit, das Richtige zu treffen, bei Annahme eines Kaufvertrages größer, als bei Annahme eines Tausches. Zieht man zudem noch den vorwiegend freundschaftlichen Charakter des Tausches und die damit gegebene verminderte Genauigkeit im Wertanschlag der Objekte in Betracht, so mag im konkreten Fall schon die bloße Tatsache, daß der Vertrag zur gerichtlichen Beurteilung kommt, dafür sprechen, daß ein unpersönlicherer geschäftlicher Kauf gewollt war.

[1]) Vgl. Hoeniger, a. a. O., S. 351.

Besonderer Teil.

Der Tausch nach dem schweizerischen Obligationenrecht.

§ 5. Die Stellung des Tausches im System der Verträge und die Anwendung des Kaufsrechts auf den Tausch.

Um die ersten Anhaltspunkte für die Auslegung eines Rechtssatzes zu finden, hat man seinen Platz im Gesamtgesetz zu betrachten, das Verhältnis zu seinen Nachbarparagraphen und Nachbarinstituten festzustellen[1]). Das schweizerische revidierte OR führt nach den allgemeinen Bestimmungen in der zweiten Abteilung die einzelnen Vertragsverhältnisse auf. An erster Stelle, im sechsten Titel, stehen Kauf und Tausch. Die Nachbarschaft der beiden Verträge ist wohl begründet, denn Kauf und Tausch sind beide gegenseitige entgeltliche Umsatzgeschäfte. Sie haben ihre Bedeutung ausschließlich in der Warenzirkulation. Sie sind im schweizerischen Rechte wenigstens, rein obligatorische Verträge, und wirken in ihrer gesetzlichen Form nicht dinglich. Die enge rechtliche Zusammengehörigkeit ergibt sich aus ihrer historischen Entwicklung. Die ganze Rechtsgeschichte hindurch kann die beständige gegenseitige Beeinflussung beobachtet werden. Um dieser Entwicklung zu entsprechen, müßte der sechste Titel des OR allerdings „Tausch und Kauf" benannt sein, denn unzweifelhaft war ursprünglich der Tausch allein vorhanden, und erst aus ihm hat sich der Kauf entwickelt. Doch dem Gesetzgeber steht die Gegenwart näher als

[1]) Vgl. Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1, Z. G. B., S. 52 ff.

die Vergangenheit. Bei aller Beachtung des historisch Gewordenen muß er in Betracht ziehen, daß im heutigen wirtschaftlichen Leben der Kauf als das weitaus häufigste Umsatzgeschäft die führende Rolle hat. Der Tausch wird nur ganz gelegentlich angewendet und tritt auch da häufig nicht in seiner reinen Form auf, sodaß man behaupten darf, die Praxis käme ohne große Schwierigkeiten mit dem Kaufsrecht allein aus[1]). Der systematische Kompromiß des Gesetzes ist daher durchaus gerechtfertigt; es anerkennt dadurch das geschichtliche Werden und räumt zugleich dem in der Gegenwart Wichtigen den richtigen Platz ein.

Der Titel „Kauf und Tausch" ist in 5 Unterabschnitte eingeteilt: allgemeine Bestimmungen, Fahrniskauf, Grundstückkauf, Unterarten des Kaufes und Tausch. Dieses System ist demjenigen des gesamten OR nachgebildet. Daraus dürfte gefolgert werden, daß es für die Auslegung des Kaufsrechtes wegleitend sei, d. h. gleich wie bei der Handhabung des gesamten OR zuerst die Spezialbestimmungen des betreffenden Vertrages konsultiert werden sollen. Ist keine Regelung zu finden, so muß der allgemeine Teil zu Rate gezogen werden. Aus der Stellung des Tausches im System der Verträge ergäbe sich daher: In erster Linie sind die speziellen Tauschbestimmungen, Art. 237 und 238, maßgebend. Genügen sie nicht, so greifen die allgemeinen Kaufsbestimmungen, die Art. 184—186, Platz. Ist auch da keine befriedigende Antwort zu finden, so müssen die allgemeinen Vertragsbestimmungen, die Art. 1 ff. des OR, herangezogen werden.

Durch den materiellen Inhalt von Art. 237 wird diese Reihenfolge jedoch durchbrochen. Dies mußte aus den erwähnten historischen Gründen geschehen.

---

[1]) Vgl. auch Bernhöft, a. a. O., S. 11 ff.

Hätte das Gesetz den Tausch neben den Fahrnis-, den Grundstückkauf und die besondern Kaufsarten gestellt, so wäre er zur Unterart des Kaufes geworden. Dem wird durch Artikel 237 vorgebeugt: „Auf den Tauschvertrag finden die Vorschriften über den Kaufvertrag . . Anwendung . . .“ Das Tauschvertragsrecht wird als Ganzes neben das Kaufsvertragsrecht gestellt. Der als besonderer Abschnitt angebrachte Hinweis auf das Kaufsrecht läßt erkennen, daß es nicht selbstverständlich auch für den Tausch aufgestellt ist, sondern daß der Tausch neben dem Kaufe formell selbständig sein soll. Durch den Hinweis des Art. 237 wird aber nicht nur der allgemeine Teil des Kaufsrechts auf den Tausch anwendbar, sondern das ganze Institut des Kaufes. Der Tausch ist kein Kauf. Aus gesetzestechnischen Gründen aber, um nicht ein praktisch wenig zu Streitigkeiten Anlaß gebendes Institut ausführlich behandeln zu müssen, wurde das gesamte Kaufrecht auf den Tausch anwendbar erklärt.

Das Institut des Tausches ist in unserem OR vollständig geregelt. Es ist nicht richtig, bei Beurteilung eines Tausches auf die Analogie zum Kaufe zu verweisen. Von eigentlicher Analogie kann hier nicht gesprochen werden. Unter Analogie versteht man im allgemeinen[1]) die Ausfüllung von Lücken im Gesetz, so, daß die Regeln eines normierten Tatbestandes nach freiem Ermessen auf einen nicht normierten Tatbestand angewendet werden[2]). Die Analogie schafft neues Recht da, wo Lücken sind. Der neue Rechtssatz entsteht durch

---

[1]) Der Begriff ist in der Wissenschaft noch wenig abgeklärt, vgl. Gmür, a. a. O., S. 66.

[2]) Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts I, S. 43: „Die Analogie bildet nach einer alten Regel eine neue Regel, die der Gesetzgeber gar nicht hat vorschreiben wollen.“ Ferner Reichel, Gesetz und Richterspruch, S. 103: „Analogie . . setzt ja gerade voraus, daß der fragliche Tatbestand vom Gesetze nicht normiert ist.“

logischen Schluß aus Grundgedanken, die im Gesetze schon vorhanden sind. Doch vollzieht sich diese Ableitung außerhalb des Rahmens des Gesetzestextes. Die Anwendung des gesamten Kaufrechtes auf den Tausch ist daher in erster Linie einfache Gesetzesanwendung.

Will man doch am Ausdrucke Analogie festhalten, so kann man diese Art der Gesetzesanwendung Rechtsanalogie nennen, in Anbetracht, daß es eigentliche Analogie wäre, wenn sie nicht vom Gesetz vorgeschrieben würde. Der Denkvorgang beim Aufsuchen der Rechtsregeln für den Tausch ist jedoch der gleiche, ob er sich als Analogie herausstellt oder als Gesetzesauslegung; nur die formale Grundlage der gefundenen Rechtssätze ist eine andere.

Der Art. 237 erklärt nicht nur das Kaufsrecht auf den Tausch anwendbar, er gibt auch Anleitung, wie diese Uebertragung vor sich zu gehen hat: „ . . . in dem Sinne, daß jede Vertragspartei mit Bezug auf die von ihr versprochene Sache als Verkäufer und mit Bezug auf die ihr zugesagte Sache als Käufer behandelt wird.“ Diese Anleitung ist jedoch nur eine formale. Für die materielle Anwendung des Kaufsrechts hilft sie wenig und ist sogar geeignet, auf Irrwege zu führen. Man könnte ihr entnehmen, daß nacheinander jede Vertragspartei in Bezug auf die eine Sache zuerst als Verkäufer und nachher in Bezug auf die andere Sache als Käufer zu behandeln sei, daß der Tauschvertrag zeitlich und nach den Vertragsgegenständen in zwei getrennt zu behandelnde Hälften geteilt würde. Gerade das kann der Artikel nicht wollen, sonst wird er dem Tauschvertrag in seiner strengen Einheitlichkeit nicht gerecht. Das Hauptgewicht dieser Formel ist daher nicht auf ihre schwerfällige Zweiteilung zu legen, sondern auf ihr Verbindungsglied: „ . . . daß jede Vertragspartei . . . als Verkäufer und als Käufer be-

handelt wird.“ Die Gleichzeitigkeit der beiden Eigenschaften der Parteien als Käufer und Verkäufer soll betont werden. Jede hat zugleich die Gläubigerstellung des Käufers und die Schuldnerstellung des Verkäufers.

Der Hinweis auf das Kaufrecht in Art. 237 kann noch zu einem andern Irrtum Anlaß geben. Einerseits ist die versprochene und anderseits die zugesagte Sache genannt. Das ließe den Schluß zu, daß von den Kaufsregeln nur diejenigen auf den Tausch zu übertragen seien, die von der Kaufssache handeln, daß dagegen die Bestimmungen über Preis und Geldzahlung außer Acht zu lassen seien, indem beide beim Tausch nicht vorkommen. Dieser Schluß, so logisch und einfach er erscheinen mag, wäre falsch, Er ergäbe keine sinngemäße, sondern eine mechanische Gesetzesanwendung, deren Resultat kaum dem Geiste unseres Gesetzes entsprechen würde.

Um zu einer für den Tausch richtigen Lösung zu gelangen, muß die Untersuchung weiter ausholen und nach folgenden Gesichtspunkten durchgeführt werden:

1. die Objekte des Kaufvertrages;
2. die Objekte des Tauschvertrages;
3. die Beziehungen dieser Objekte zueinander im einzelnen Vertrag.

Im Kaufvertrag sind zwei verschiedenartige Objekte enthalten: einerseits die Kaufsache und anderseits der Preis, der sich in einer Geldzahlung verkörpert. Der Tauschvertrag hat zwei gleichartige Objekte, zwei Sachen. Die rechtliche Regelung des Kaufes paßt sich seinen Vertragselementen an, indem sie dreierlei Bestimmungen aufstellt: Bestimmungen betr. die Kaufsache (z. B. Art. 189), Bestimmungen betr. die Preiszahlung (z. B. Art. 213, Abs. 2) und Bestimmungen betr. die Beziehungen der beiden Vertragsobjekte zueinander. Es hat nur wenige Bestimmungen über die Geldzahlung an sich. Sie sind durch die besonderen Eigenschaften

des Geldes (z. B. die Verzinsung oder der Erfüllungsort der Geldschuld, Art. 74) gegeben. Es ist klar, daß sie für den Tausch nicht herangezogen werden können. Die Regeln über die Kaufsache an sich sind ohne weiteres auf die Tauschsachen anwendbar. Hieher gehören z. B. Art. 187 über den Begriff der Fahrnis, Art. 188, 189 betr. Uebergabe und Transportkosten, beim Grundstückkauf Art. 219 betr. Gewährleistung, Art. 220 betr. Nutzen und Gefahr.

Schwieriger wird es bei der dritten Gruppe der Kaufsregeln, welche die Beziehungen der beiden Vertragsobjekte zueinander normieren. In erster Linie sind für den Tausch alle Artikel auszuschalten, die sich auf die Gewährleistung bei Entwehrung und die Rückgabe der Sache wegen ihrer Mängel beziehen, z. B. Art. 195, 196, auch Art. 208 und 209. Diese Artikel sind ersetzt durch die Spezialbestimmung des Art. 238. Die übrigen Artikel sind nun daraufhin zu untersuchen, ob und inwieweit sie für den Tauschvertrag in Betracht kommen. Oben[1]), zur formellen Begründung der Anwendung des ganzen Kaufinstituts auf den Tausch, wurde die Analogie abgelehnt. Hier aber ist sie das beste Hilfsmittel, um die einzelnen Kaufsbestimmungen auf den Tausch anwendbar zu machen. Es handelt sich um die Artikel, welche Beziehungen von Leistung zu Gegenleistung, somit auch die Beziehungen von Sache zu Preis, betreffen. Infolge der Eigenart von Preis und Geldleistung ist deren Verknüpfung mit der Kaufsache beim Kauf eine andere, als die Verknüpfung der beiden Leistungen beim Tausch. Wegen der Aehnlichkeit der beiden Verträge als gegenseitige Veräußerungsverträge sind jedoch in der Verknüpfung der Leistungen auch gleiche Elemente vorhanden — auch da, wo es sich um die Beziehung Preis-Sache handelt. Mit Hilfe der eigentlichen Analogie muß daher aus der Kaufsbestimmung

[1]) S. 29/30.

ein allgemeiner Obersatz abzuleiten versucht und daraus die spezielle Regel für den Tausch gefunden werden. Die Verknüpfung der beiden Leistungen ist der wichtigste Teil des obligatorischen Vertrages. Sie ist beim Kaufe so bedeutend, daß sie auch den Tausch beeinflußt[1]).

Die Fassung des Artikel 237 über die Anwendbarkeit des Kaufsrechtes auf den Tausch ist also nicht eindeutig. Die umständliche Formulierung paßt nicht zu der knappen, klaren Sprache des Zivilgesetzbuches. Sie stammt aus dem alten OR und wurde bei der Revision unverändert übernommen. Daß der Artikel nicht beanstandet wurde, konnte nicht in einer anerkannten Vortrefflichkeit liegen, sondern darin, daß er relativ wenig zur Anwendung kommt.

§ 6. Der Gegenstand des Tauschvertrags.

Der größte Unterschied zwischen Kauf und Tausch besteht im Vertragsgegenstand, zwar nicht in dessen Art und Beschaffenheit, sondern in der Anzahl der Vertragsgegenstände. Das Gesetz trennt in Art. 184, Abs. 1 scharf zwischen Kaufpreis und Kaufsache, Leistung des Käufers und Leistung des Verkäufers. Es besteht ein typischer Unterschied zwischen ihnen, so daß sie trotz ihrer engen wirtschaftlichen Verknüpfung rechtlich ganz gesondert behandelt werden. Die Rechtfertigung dieser Trennung liegt aber nicht in der verschiedenen materiellen Beschaffenheit der beiden Leistungen, sondern in ihrer verschiedenen Funktion als Gebrauchsgut einerseits und Tauschgut anderseits. Als Tauschgut, als tatsächlich vorhandenes oder auch nur als vorgestelltes, kommt in jedem Kaufe das Geld vor. Die rechtliche Stellung dieser Leistung ist nicht eine

[1]) Z. B. Art. 184, Abs. 3, betr. die Bestimmbarkeit des Kaufpreises.

untergeordnete, sondern eine andere, als die der gewöhnlichen Sachleistung, wodurch ihr im Wirtschafts- und Rechtsleben die gleiche Wichtigkeit zukommt, wie der typischen Kaufsleistung. Doch erscheint sie begrifflich als die für den Kauf unwesentliche, untypische[1]) Leistung. Sie ist nicht Kaufgegenstand, sondern sein Aequivalent, die Ausgleichsleistung. Ihre innere Beschaffenheit als Sache ist von untergeordneter Bedeutung für die Parteien.

Eigentlicher Vertragsgegenstand, Sache ist beim Kauf die der Geldzahlung gegenüberstehende Leistung. Sie ist die für den Kauf typische[1]) Leistung und ist stets gemeint, wenn vom Tauschgegenstand auf den Kaufgegenstand verwiesen wird. Art. 237 spricht diesen Hinweis nicht direkt aus, er umschreibt ihn: „ . . mit Bezug auf die von ihr versprochene Sache als Verkäufer, und mit Bezug auf die ihr zugesagte Sache als Käufer . . .“ Auf beiden Vertragsseiten wird von einer Sache gesprochen. In der Definition des Kaufvertrages, Art. 184, Ab. 1 ist als Leistung der „Kaufgegenstand“ genannt. Es darf aber angenommen werden, daß die Begriffe „Kaufgegenstand“ und „Kaufsache“ sich decken, denn schon im folgenden Art. 185 wird gesprochen von „Nutzen und Gefahr der Sache“. Da Art. 237 für den Begriff „Sache“ in Bezug auf den Tauschvertrag keine Umschreibung gibt, sondern nur den Hinweis auf den Kauf, so erscheint es unzweifelhaft, daß rein formell die beiden Sachen, welche die Leistungen im Tauschvertrage sind, der Leistung des Kaufgegenstandes entsprechen. Somit kann alles, was Gegenstand eines Kaufvertrages sein kann, auch Gegenstand eines Tauschvertrages sein[2]). Auch auf Grund

[1]) Vgl. Hoeniger, a. a. O., S. 84.

[2]) Vgl. Endemann, Handelsrecht, S. 449; Guilluoard, a. a. O. II, S. 459, Nr. 912; Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., § 163 S. 732; Becker, Komm. z. OR 184, S. 8, Nr. 17; Baudry-Lacantinerie et Saignat, a. a. O., S. 1; Staub, Komm. z. BGB, S. 597; Windscheid, Pandekten, S. 669, § 398; Planck,

der historischen Entwicklung muß die Identität von Kauf- und Tauschgegenstand einleuchten. Die Anfänge des Tausches als Hingabe und Annahme individueller, körperlicher Sachen sprechen nicht gegen diese Behauptung.

Bei der genauern Bestimmung dessen, was materiell in einem Tauschvertrag Leistung sein kann, darf also eng an das Kaufsrecht angeschlossen werden. Es findet sich darüber keine einheitliche Norm im Gesetz; die Bestimmungen müssen aus verschiedenen Artikeln zusammengestellt werden. Ausgangspunkt ist Art. 187, Abs. 1 OR, der als Fahrniskauf bezeichnet „jeden Kauf, der nicht eine Liegenschaft oder ein in das Grundbuch als Grundstück aufgenommenes Recht zum Gegenstande hat." Die positive Umschreibung gibt Art. 713 des Sachenrechts, der als Gegenstand des Fahrniseigentums aufzählt „die ihrer Natur nach beweglichen körperlichen Sachen, sowie die Naturkräfte, die der rechtlichen Herrschaft unterworfen werden können und nicht zu den Grundstücken gehören." In dieser Formulierung sind alle körperlich-greifbaren Gegenstände inbegriffen, die nicht nach Art. 655 Z.G.B. Grundstücke sind, sowie die körperlich nicht in Erscheinung tretenden, nur an ihrer Wirkung erkennbaren Kräfte der Natur, die der Mensch sich unterworfen hat[1]).

Dieser Begriff deckt sich jedoch nicht ganz mit dem Begriff vom Gegenstand des Fahrniskaufes, wie Artikel 187, Abs. 1 des OR ihn aufstellt. Es heißt dort nicht: „Fahrniskauf ist jeder Kauf über Fahrnis

---

BGB, S. 280; Cuturi, a. a. O., S. 820, Nr. 235. — Den Gegenstand des Tausches weiter zu fassen als denjenigen des Kaufes, versucht Witte (a. a. O., S. 5), indem er davon ausgeht, daß in Währung bestehendes Geld nicht gekauft, wohl aber getauscht werden könne. Dieser Behauptung Wittes ist zu entgegnen, daß Währungsgeld weder gekauft noch getauscht werden kann. Der Geldwechsel ist ein Vertrag eigener Art.

[1]) Als wichtigstes Beispiel sei genannt die elektrische Kraft.

. . . . .“, sondern weiter gefaßt „als Fahrniskauf ist jeder Kauf anzusehen, der nicht eine Liegenschaft oder ein in das Grundbuch als Grundstück aufgenommenes Recht zum Gegenstand hat.“ Der Kaufgegenstand wird negativ definiert, darauf ist der Nachdruck zu legen. Alle Käufe sind wie Käufe über Fahrnis zu behandeln, sofern ihr Gegenstand nicht im Gesetz als Grundstück bezeichnet ist. Diese Erweiterung des Fahrniskaufes muß auch auf den Fahrnistausch übertragen werden. Der Kreis dessen, was Gegenstand eines Tausches sein kann. muß also über eigentliche Fahrnis hinaus auch auf diejenigen Rechte ausgedehnt werden, die nicht durch das Grundbuch zu rechtlichen Grundstücken erhoben werden können. Dies betrifft die übertragbaren Nutznießungen, ferner Kurrent- und grundversicherte Forderungen, Patentrechte, Erfindungen[1]). Aus Art. 187, Abs. 1 darf im weitern

[1]) Vgl. auch für das alte OR: Hafner, Komm. zu Art. 272, Nr. 2: Inhalt des Tausches ist Uebertragung des Eigentums an einer Sache gegen Uebertragung des Eigentums an einer andern.

Für das Deutsche B. G. B., Endemann, a. a. O., 6. Aufl., § 163, S. 732: „Tauschgegenstände können alle Vermögensgüter sein.“ Plank, a. a. O., S. 280: „Gegenstand des Tausches können nicht nur Sachen, sondern auch Rechte an Sachen, sowie Forderungen sein, überhaupt alles, was Gegenstand eines Kaufes sein kann.“

Für das französische Recht Baudry, L. et S., a. a. O., S. 972, Nr. 973: „. . Un droit réel, tel qu'un usufruit peut être échangé soit contre l'usufruit d'une autre chose, soit contre une pleine ou une nue propriété.“

Unentschieden für das italienische Recht: Cuturi, S. 820, Nr. 235; S. 823, Nr. 207: „Proposto il dubbio se dovesse ritenersi vendita o permuta il contratto colquale cedo il mio fondo in cambio del tuo credito di mille contro Sempronio, rispondiamo que bisogna cercare se le parti considerarono il credito come cosa per sè stante e come un capitale sostituibile al fondo ceduto, e allora il contratto è di permuta, perchè ciascuno intese dare una cosa per riceverne un'altra. Ma se non fu considerato il credito per se stesso come un rinvestimento, bensi un vista del denaro che doveva pagare il debitore e questo denaro si è inteso dare da una parte, ricevere all'altra, il contratto è di venditá e non di permuta (Troplong).“

gefolgert werden, daß auch Grundstücke im Tausche Vertragsgegenstand sein können. Der Begriff Grundstück wird im Sachenrecht, Art. 655, der die notwendige Ergänzung zu den Art. 187, Abs. 1 und 216 des OR ist, genau umschrieben. Danach sind also Grundstücke und zugleich Tauschvertragsgegenstände:

1. Die Liegenschaften.
2. Die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte.
3. Die Bergwerke.

Es ist selbstverständlich, daß alle erwähnten, für Tauschgeschäfte in Betracht kommenden Vermögensstücke, seien es Fahrnis, Rechte oder Grundstücke, untereinander beliebig ausgetauscht werden können. Es ist nicht erforderlich, in einem und demselben Vertrage nur je zwei Grundstücke oder zwei Fahrnisgegenstände oder zwei Rechte gegeneinander zu tauschen. Nötig ist nur, daß für jeden Gegenstand seine besondern Voraussetzungen für die Veräußerung erfüllt seien: Für Grundstücke die Formalitäten des Grundbuches, ebenso für die dinglichen Rechte, und in den Fällen, für welche die Uebertragbarkeit besonbesonders statuiert worden ist, auch für die Personalservituten. Für die Abtretung anderer Rechte ist Schriftlichkeit oder Indossament erforderlich, je nachdem es sich um gewöhnliche Forderungen oder Wertpapiere handelt.

Die Abwicklung dieser Formalitäten ist jedoch nicht Gültigkeitsrequisit für den Tauschvertrag. Der Vertrag ist schon durch den bloßen Konsens richtig zustande gekommen. Die Formalitäten sind Bestandteile der richtigen Leistung. Jede Partei hat diejenigen Formalitäten zu übernehmen, die mit der von ihr geschuldeten Leistung zusammenhängen.

Gegenstand des Kaufes kann auch eine zukünftige Sache sein, die zur Zeit des Vertragsschlusses noch

gar nicht existiert[1]). Doch entsprechen solche Vertragsgegenstände dem Wesen des Tausches wenig; sie sind theoretisch möglich, aber es wird äußerst selten vorkommen, daß ein Tauschwille sich auf eine zukünftige Sache richtet und das ganze Vertragsverhältnis auch rechtlich innerhalb der Schranken des Tauschvertrages bleibt. Die Abgrenzung vom Werkvertrag wird nicht immer klar sein. Die Subsumption unter die eine oder andere Vertragskategorie ist von den Umständen des einzelnen Tatbestandes abhängig zu machen.

Das gleiche gilt vom Kauf, bezw. Tausch einer erhofften Sache, d. h. einer Sache, für deren Entstehung nicht der Lieferant, sondern der Empfänger die Gefahr übernimmt. Der Hoffnungskauf beruht auf einer speziellen vertraglichen Abmachung der Parteien. Die Möglichkeit einer solchen ist auch beim Tausche zuzulassen.

§ 7. Der Abschluß des Tauschvertrages.

Die Tauschobligation entsteht durch Abschluß des Tauschvertrages. Er ist ein zweiseitig verpflichtender Vertrag. Jede Partei verspricht eine Leistung, um eine Gegenleistung zu erhalten. Leistung und Gegenleistung sind also in erster Linie obligatorisch verknüpft. Sie sind aber auch dinglich verknüpft, sobald eine Vertragspartei geleistet hat; das Schicksal der einen Sache bestimmt das Schicksal der andern.

Die obligatorische Bindung ist die Beziehung zwischen den Kontrahenten. Sie ist elastischer in ihren Wirkungen. Sie tritt beim Kaufe mehr hervor als beim Tausch. Beim Tausch sind die beiden Leistungsgegenstände das Feststehende, beim Kauf ist es die obligatorische Verpflichtung. Der Kaufgegenstand an

[1]) Becker, Komm., Allg. Lehren zum Kaufrecht, Nr. 10 f.

und für sich wäre auch feststehend, aber er kann nicht so fest mit seiner Gegenleistung in Beziehung gebracht werden, weil der Preis bezw. das Geld im Kaufvertrag kein „Ding", keine Sache ist, sondern Wertmesser. Daher muß notwendigerweise zur Stützung des Vertrages die obligatorische Bindung stärker sein. Diese drückt sich, im Gegensatz zum Tausch, darin aus, daß dann, wenn nicht richtig, nicht rechtzeitig oder gar nicht geliefert wird, das Vertragsverhältnis nicht ohne weiteres aufgelöst werden kann. Die Geldleistung muß je nach den verschiedenen vom Gesetz zugelassenen Schadenersatzansprüchen dem Schaden angepaßt werden. Der Tauschvertrag wirkt auch obligatorisch; dies ist bei der nicht vertragsgemäßen Lieferung zu erkennen. Aber die Möglichkeit der Abstufung der gegenseitigen Leistungen nach dem im speziellen Fall vorliegenden Schaden ist weit geringer als beim Kauf. Größer ist die Wahrscheinlichkeit des Zerspringens des Vertrages, bezw. des Rücktrittes, eine typische Folge der dinglichen Wirkung.

Worauf hat sich der Konsens der Vertragsparteien beim Abschluß des Vertrages zu erstrecken? Art. 2 OR unterscheidet zwischen wesentlichen Punkten und Nebenpunkten eines Vertrages. Die Einigung der Parteien muß alle wesentlichen Punkte betreffen. Beim Tausche gehört dazu die Abmachung, daß ein Tauschvertrag gewollt sei. Die Willensäußerung bei Vertragsschluß kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Aus der konkludenten Handlung des Gebens oder Nehmens einer Sache kann hervorgehen, daß ein Rechtsgeschäft mit ihr vorgenommen werden soll. Auch kann aus der Beschaffenheit der Sache und in Uebereinstimmung mit den Verkehrsgewohnheiten vielfach ohne besondere Abrede erkannt werden, ob ein Veräußerungsvertrag oder ein Vertrag auf

Rückgabe der Sache gemeint ist[1]). Unter den Veräußerungsverträgen besteht allerdings die Wahl zwischen drei Möglichkeiten: Kauf, Tausch, Schenkung. In sehr vielen Fällen wird in Anbetracht der veräußernden Person, aus der Beschaffenheit der Sache und den übrigen Umständen deutlich hervorgehen, ob ein entgeltlicher oder unentgeltlicher Veräußerungsvertrag gewollt ist. Ist eine entgeltliche Veräußerung beabsichtigt, so wird man aber bei Stillschweigen einen Tauschvertrag nicht vermuten dürfen. Das übliche entgeltliche Veräußerungsgeschäft ist der Kauf. Er kann jedermann als Vertragsform zugemutet werden, sowohl Geschäftsleuten, als auch Familienangehörigen oder Freunden unter sich. Wenn daher eine entgeltliche Veräußerung durch konkludente Handlung angebahnt wird, so kann sie als Offerte zu einem Kaufvertrage stillschweigend angenommen werden. Der Tauschvertrag aber ist die Ausnahme. Er ist seltener und bedarf ausdrücklicher Verabredung. Meint die eine Partei Kauf und die andere Tausch, so ist kein Vertrag zustande gekommen.

Auch die Person des Käufers oder Verkäufers kann zum wesentlichen Vertragsbestandteil werden. Beim Kreditkauf und beim Kauf gegen Vorausbezahlung des Preises wird die Kreditfähigkeit sogar zur Grundlage des Geschäftes. Sie ist mit der Person des Kontrahenten eng verbunden und wird durch sie bestimmt, gehört daher zu den Essentialia dieser Vertragsarten. Beim Tausche darf nicht der gleiche Maßstab angelegt werden. Die Kreditierung oder Vorausbezahlung eines Preises fällt weg. Der Geschäftswille der Parteien richtet sich nur auf die auszutauschende Sache und nicht auf die Person. Die Beziehung zu der Person kann höchstens als Motiv beim Vertrags-

[1]) Hingabe eines Mantels in der Theatergarderobe bedeutet Hinterlegungsvertrag, Hingabe beim Althändler bedeutet Verkauf.

schluß mitwirken, nicht aber wesentlicher Vertragsbestandteil sein.

Ein weiterer wesentlicher Punkt ist die Bestimmung der beiden Tauschsachen. Diese vollzieht sich gleich wie beim Kaufe die Bestimmung der Kaufsache. Doch kann man sich fragen: Entspricht es dem Tausche, die Vertragsgegenstände nach Gattung und Quantum zu bestimmen? Darf im reinen Tausch ein Maß verwendet werden? Kann er trotz seiner starken dinglichen Wirkung auch andere als individuelle, bereits spezialisierte Sachen zum Gegenstande haben? Durch Messen und Wägen einer Ware könnte dasjenige Element, dessen Abwesenheit das wesentliche Merkmal des Tauschvertrages ausmacht, nämlich die Preisansetzung, in einen Vertrag hineinkommen. Dann wäre er nicht mehr Tausch, sondern Kauf mit einem vom üblichen Geld verschiedenen Preisausdrucksmittel[1]). Obige Fragen sind zu bejahen. Mit ihrer Verneinung würde man die Existenz des Tausches im heutigen Wirtschafts- und Rechtsleben überhaupt bezweifeln. Je nach den besonderen Zwecken der Kontrahenten können alle Sachgüter als individuell bestimmte Gegenstände und als gewogene oder gemessene Quantitäten veräußert werden. Eine technisch vollkommen gebaute Maschine kann infolge der Marktverhältnisse einmal als höchstgeschätzte Individualsache gelten und ein andermal als ein Quantum altes Eisen. In beiden Fällen kann sie sowohl Kaufs- als Tauschgegenstand

[1]) Während der Kriegszeit konnte dies in den valutaschwachen Ländern beobachtet werden. Anstatt nach Geld, wurde der Preis einer Sache nach bestimmten Quanten Brotgetreide festgesetzt. Das Getreide wurde nicht geliefert, sondern erst wieder in die Landeswährung umgerechnet und in dieser ausbezahlt. Trotzdem war das erste Geschäft nicht Tausch (Sache gegen Sache), sondern Kauf (Sache gegen Preis), und die endliche Auszahlung von Papiergeld stellte sich als eine Hingabe an Zahlungsstatt dar.

sein. Längen-, Flächen-, Raum- und Gewichtsmaße an sich schließen normalerweise kein Preiselement in sich, denn sie alle kommen beim Kaufe auf der dem Preise gegenüberstehenden Seite vor.

Im Zusammenhang mit der Einigung über die Tauschsache nach Art. 2 OR interessiert auch die Frage, ob aus dem speziellen Kaufrecht auch Art. 184 Abs. 3 auf den Tausch anwendbar ist, oder sogar angewendet werden muß. Dieser Artikel „Der Preis ist genügend bestimmt, wenn er nach den Umständen bestimmbar ist", war im alten OR nicht vorhanden. Für den Kaufpreis ist seine Anwendung insofern einfach, als da, wo ein Markt- oder Börsenpreis besteht, der mittlere Markt- oder Börsenpreis zur Zeit der Erfüllung gilt. Ist kein Markt- oder Börsenpreis vorhanden, so gilt im Zweifel das billige Ermessen des Verkäufers, aber nur als billiges Ermessen, also der angemessene, zur Zeit des Vertragsabschlusses landesübliche Preis[1]). Der Artikel 184 Abs. 3 ist ungenau formuliert. Er läßt sich in gleicher Weise auch auf den Kaufsgegenstand anwenden[2]). Die Richtlinie für die definitive Bestimmung des Kaufsgegenstandes wird in diesem Falle der festgesetzte Preis bilden, indem von ihm aus wiederum unter Zuhilfenahme des Markt- oder Börsenpreises oder eines üblichen Kundenpreises auf die unbestimmte Qualität oder Quantität des Kaufsgegenstandes geschlossen wird.

Bei der Prüfung der Frage, ob der Artikel 184 Abs. 3 auch auf den Tausch anzuwenden sei, darf man sich von seinem Wortlaut nicht beeinflussen lassen. Obschon er ausdrücklich einen Preis erwähnt, wird er dadurch nicht ohne weiteres für den Tausch unanwendbar. Vermittelst der Analogie kann aus ihm

---

[1]) Becker, Komm. z. OR, Art. 184, Nr. 12 ff.
Vgl. auch Bundesgerichtliche Entscheidungen Bd. 25, II. S. 1019.
[2]) Ebenso Oser, Komm. z. Art. 184 OR, VII.

ein allgemeines Prinzip abgeleitet werden: Eine Leistung, die als wesentlicher Vertragsbestandteil nach Art. 2 OR zu gelten hat, ist genügend bestimmt, wenn sie nach den Umständen bestimmbar ist. Dabei ist es aber beim Kaufe nicht nötig, daß die andere Leistung fest bestimmt ist, sei es der Kaufgegenstand oder der Preis. Die Bestimmung des bestimmbaren Teiles muß ohne erneute Willensbildung der Parteien vor sich gehen können.

Das gleiche gilt für den Tausch. Eine Tauschleistung ist genügend bestimmt, wenn sie nach den Umständen bestimmbar ist, und unter der Voraussetzung, daß die Gegenleistung fest bestimmt ist. Sind beide Leistungen unbestimmt, so liegt nur ein Vorvertrag vor. Die hauptsächlichen Umstände, nach denen die Bestimmbarkeit sich richten muß, liegen in der fest gegebenen Gegenleistung.

Die nicht von Anfang an festbestimmte Leistung muß objektiv bestimmbar sein, ohne neue Einigung der Parteien[1]). Die Objektivität muß beim Tausche jedoch auf einem andern Wege gewonnen werden als beim Kauf, da die Festsetzung nach einem Markt- oder Börsenpreise, oder auch nur nach einem üblichen Kundenpreise, wegfällt. Es muß dem Tausche der ihm eigene, besondere Maßstab angelegt werden, der in seiner Art nicht weniger objektiv ist, als der Preis beim Kaufe. Auch wenn zwei Parteien tauschen, so tun sie es nicht willkürlich nur nach subjektivem Empfinden. In der Regel werden sie die beiden Vertragsgegenstände doch bei sich werten, sei es nach dem eigenen Gebrauchswert oder nach dem allgemeinen Tauschwert. Dazu kommen die besondern wirtschaftlichen oder persönlichen Umstände, um derenwillen getauscht und nicht gekauft wird. Wenn ein

[1]) Vgl. für den Kauf Becker, Komm. zu Art. 184 OR, Nr. 12; ferner Bundesgerichtl. Entsch. 22, S. 640.

Tausch mehr freundschaftlichen als geschäftlichen Charakter hat, wird die eigene Wertung des zu veräußernden Gegenstandes nicht die Höhe des vollen Gebrauchs- oder Tauschwertes erreichen. Umgekehrt kann da, wo die Tauschparteien sich persönlich fremd gegenüberstehen und nur getauscht wird, weil sich die gute Gelegenheit bietet, auf beiden Seiten in der Wertung der zu empfangenden Leistung der allgemeine Gebrauchs- oder Tauschwert überschritten werden. Es wird also auf beiden Seiten des Vertrages, je nach den besondern Umständen, etwas unter oder etwas über dem allgemeinen Gebrauchswert getauscht werden können. Ist nun die eine Leistung fest bestimmt und ist aus den besondern Umständen seine spezielle Basis gegeben, d. h. die Art der wirtschaftlichen Beziehungen von Leistung zu Gegenleistung, so wird es auch möglich sein, die unbestimmte Leistung objektiv zu präzisieren. Ist deren Bestimmung in das Ermessen eines Dritten gestellt, so kann er vom allgemeinen Wert (der sich vom Markt- oder Kundenpreise nicht weit entfernen wird) der bereits feststehenden Leistung ausgehen. Er wird die zu bestimmende Sache in dem Umfange und der Beschaffenheit einsetzen, wie es nach billigem Ermessen der Gegenleistung entspricht. Er kann sie auch so abgrenzen, daß die beiden Leistungen sich ungefähr gegenüberstehen, wie sie sich bei zwei Käufen mit zu kompensierendem Kaufpreis gegenüberstehen würden. Dann hat er noch einen Faktor einzusetzen, die besondere persönliche Basis des einzelnen Falles, auf Grund deren er entweder beide Vertragsleistungen im Wertanschlag reduzieren oder erhöhen muß oder aber nur die eine von den Parteien unbestimmt gelassene Leistung. So wird es möglich sein, auch für den Tausch eine Gegenleistung objektiv zu bestimmen, ohne dabei die Besonderheiten des Vertrages zu

verletzen. Diese Objektivität ist die dem Tausche angemessene; sie geht nicht wie beim Kaufe darauf aus, die Gegenleistung nach dem Preise genau auszurechnen und abzustufen, sondern sie sucht den ungefähren Gegenwert der Leistung. Der Parteiwille, der nicht auf genauen Geldwert, sondern auf ungefähren Gebrauchswert geht, läßt sich beim Tausche zweifach erkennen: Erstens daran, daß die Parteien keinen Kauf, sondern einen Tausch verabredet haben, zweitens daran, daß sie die eine Leistung unbestimmt gelassen und deren Bestimmung in das Ermessen der Vertragspartei oder eines Dritten gestellt haben.

§ 8. Der Begriff des Tauschvertrages.

Der Unterschied von Kauf und Tausch liegt nicht in der Art der umgesetzten Sache, sondern in der dem Kauf eigenartigen Geldleistung als Preis, im Geschäftswillen der Parteien und in der rechtlichen Verknüpfung der beiden Leistungen. Eine Definition des Tauschvertrages kann sich daher an diejenige des Kaufes anlehnen. Immerhin darf man nicht den Tausch mit dem Kauf identifizieren[1]). Ebenso unrichtig wäre es, die beiden essentialen Kaufmerkmale, Kaufsache und Preis, auf beide Tauschleistungen zu übertragen und zu sagen, daß beide Leistungen zugleich eigentliche Vertragsleistung und Preis, also beide Kontrahenten zugleich Käufer und Verkäufer seien[2]).

Das französische Recht gibt eine gesetzliche Definition des Tausches: „L'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose

[1]) Zu weit gehend Curti, Schweiz. Handelsrecht, S. 16: „Der Tausch unterscheidet sich vom Kaufe nur dadurch, daß an Stelle des Geldes auch eine Ware tritt."

[2]) Vgl. Pothier in Guillouard, a. a. O. II, S. 459, Nr. 912.

pour une autre[1]). Diese Definition läßt zu stark den dinglichen Vertrag in den Vordergrund treten, derart, daß man versucht wäre anzunehmen, der Tausch sei dort Realkontrakt. Trotz der dinglichen Wirkung ist daran festzuhalten, daß sowohl im schweizerischen, wie im französischen Recht der Tausch Konsensualkontrakt ist.

Das deutsche BGB gibt keine Definition des Tauschvertrages. Die Motive jedoch bezeichnen ihn als einen Vertrag, der auf den Umsatz eines individuellen Wertes gegen einen andern individuellen Wert gerichtet ist[2]). Die Wissenschaft definiert ihn als einen formlosen obligatorischen Vertrag, durch den die wechselseitigen Verpflichtungen zur Leistung von Ware gegen Ware begründet werden[3]). Beide Umschreibungen treffen nicht ganz das Richtige. Wohl ist die obligatorische Verpflichtung hervorgehoben, doch ist in der ersten Definition der Begriff des individuellen Wertes unklar und mißverständlich, indem er zur Annahme führt, daß nur Individualsachen getauscht werden können. Die zweite Definition umfaßt ebenfalls nur einen Teil der Tauschgüter, sie übersieht die Grundstücke und die Rechte.

Im alten schweizerischen OR wurde der Inhalt des Tauschvertrages umschrieben als Verpflichtung auf Uebertragung des Eigentums an einer Sache gegen Uebertragung des Eigentums an einer andern[4]). Für das revidierte OR formuliert Oser[5]) bedeutend knapper,

---

[1]) Code civil français, Art. 1702.
[2]) Motive zum BGB, II, S. 366.
[3]) Endemann, a. a. O. (6. Aufl.) - In der 4. Auflage definiert Endemann etwas umständlicher den Tausch als ein „Obligationenverhältnis, in dem die Hingabe und Annahme der einen Sache in der Absicht erfolgt, daß die andere später empfangen werden soll."
[4]) Hafner, Komm. zu Art. 272 OR, Nr. 2, und zu Art. 199, Nr. 1.
[5]) Oser, Komm. zum OR, Vorbemerkung zum V. Abschnitt, I.

aber weniger präzis: Als Tausch wird angesehen das Versprechen von wechselseitiger Hingabe von Sachen. In dieser Formulierung fehlen wesentliche Merkmale. Bloße Hingabe der Sachen genügt nicht. Sie müssen zum definitiven Erwerb, zu Eigentum hingegeben werden. Auch läßt der Ausdruck „Hingabe der Sachen" die Deutung zu, daß nur körperlich greifbare Sachen, und zwar nur Fahrnis, durch Tauschvertrag umgesetzt werden können, welcher Ansicht Oser selbst entgegen tritt[1]).

Nach den Ausführungen über den Gegenstand des Tausches und insbesondere über die Gegenüberstellung von Leistung und Gegenleistung, ist am treffendsten die Definition von Becker: „Tausch ist der Vertrag, durch den die Parteien sich zur wechselseitigen Uebertragung des Eigentums an bestimmten oder bestimmbaren Sachen oder von Rechten oder andern Gütern verpflichten[2]). In dieser Formel ist der Vertragsgegenstand in allen seinen Formen aufgezählt. Zu wenig betont ist nur die gegenseitige Abhängigkeit der beiden Leistungen. Etwas bestimmter ist daher folgende Formulierung: Tausch ist der obligatorische Vertrag auf gegenseitige Uebertragung des Eigentums an bestimmten oder bestimmbaren beweglichen Sachen, Grundstücken und von Rechten.

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, wie eine nach Art. 237 OR formulierte Definition des Tausches zu lauten hätte. Sie müßte in Analogie zur Definition des Kaufvertrages in Art. 184 aufgestellt werden, die die begriffswesentlichen Elemente und die allgemeinen Rechte und Pflichten der Kontrahenten enthält. Da beim Tausche normalerweise auf beiden

[1]) Oser, a. a. O.: „Als Tauschgegenstand gilt danach alles, was Kaufgegenstand sein kann, also individuelle und vertretbare Sachen und Rechte, überhaupt alles, was nicht Geld ist, und auch dies noch, wenn es als individuell bestimmte Münze auftritt."

[2]) Becker, Komm. zu Art. 237/8, Nr. 1. Ebenso Cuturi, a. a. O., S. 821.

Seiten die gleichen Rechte und die gleichen Pflichten bestehen und die Sonderstellung der Preiszahlung wegfällt, gestaltet sich die Definition dementsprechend einfacher: „Durch den Tauschvertrag verpflichten sich die Kontrahenten, sich gegenseitig die Tauschgegenstände zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen." Ungenau, zum mindesten überflüssig an dieser Definition, wie auch an derjenigen des Kaufvertrages, ist die Erwähnung der Uebergabe des Vertragsgegenstandes. Im Gegensatz zur Eigentumsverschaffung ist darunter wohl die konkrete Uebergabe des Gegenstandes zu verstehen. Nun ist aber zur Erlangung des Eigentums weder die Uebergabe, noch der unmittelbare Besitz einer Sache notwendig, und in vielen Fällen, besonders im Handelsverkehr, wird der Geschäftszweck auch gar nicht darauf abzielen. Die Verpflichtung zur Uebergabe des Vertragsgegenstandes ist daher nicht eine allgemeine Pflicht, vor allem ist sie weder Begriffsmerkmal des Kaufes noch des Tausches und kann somit in der Definition des Tauschvertrages, wie dies in der Formel von Becker geschehen ist, weggelassen werden.

§ 9. Die Zug um Zug-Erfüllung.

Der Tausch in seiner ursprünglichen Form war Realtausch, direkte Uebergabe des einen Vertragsgegenstandes gegen gleichzeitige Empfangnahme des andern. Es wird angenommen, daß in den Anfängen des Rechtslebens alle Rechtsgeschäfte Realgeschäfte waren. Man trennte das abstrakte Schuldverhältnis nicht vom konkreten wirtschaftlichen Vorgang. Erst nach und nach unterschied man, sowohl rechtlich wie zeitlich, zwischen der abstrakten Obligation und der tatsächlichen Uebergabe des Vertragsgegenstandes. Der Kauf machte diese Entwicklung viel schneller durch als der Tausch, der erst mit Erlaß der verschiedenen

modernen privatrechtlichen Kodifikationen zum voll anerkannten, dem Kaufe gleichgestellten Konsensualkontrakte geworden ist.

Die zweiseitigen Realkontrakte verlangten gleichzeitige Erfüllung von Leistung und Gegenleistung, Hingabe der einen Sache gegen Hingabe der andern, zeitlich unmittelbar der vertraglichen Verpflichtung folgend. Als allgemeine Tauschvermittler und schließlich das Geld aufkamen, mag es vorgekommen sein, daß in kleinem zeitlichem Abstand zuerst die eigentliche Kaufsache gegeben und nachher der Kaufpreis bezahlt wurde. Nach und nach gestattete man sich häufiger, den Kaufpreis n a ch der Kaufsache zu übergeben, die Zeitspanne zwischen den beiden Leistungen dehnte sich, bis schließlich der Kreditkauf in seinen verschiedenen Variationen herausgebildet war. Diese zeitliche Trennung der beiden Kaufshandlungen machte der Tausch nicht mit. Er hätte diese Entwicklung nicht einschlagen können, ohne seiner Tauschnatur untreu zu werden und sich zur Unterart des Kaufes umzubilden.

In Artikel 184 Abs. 2 stellt das Obligationenrecht die Regel auf, daß mangels besonderer Vereinbarung oder entgegenstehender Uebung Verkäufer und Käufer verpflichtet sind, ihre Leistungen gleichzeitig — Zug um Zug — zu erfüllen. Eine Ergänzung dazu bildet Art. 82: „Wer bei einem zweiseitigen Vertrage den Andern zur Erfüllung anhalten will, muß entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, daß er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat."

Im heutigen Wirtschaftsleben ist das Zeitmoment in der Erfüllung der Verträge sehr wichtig, und Gesetz und Praxis haben sich ihm in weitem Umfange angepaßt. Vertragsabschluß, Erfüllung der einen Leistung und Erfüllung der andern Leistung können beim Kaufe

durch entsprechende Verabredung in beliebigen zeitlichen Abständen erfolgen. Der Kredit ist zum festen Bestandteil des Kaufinstitutes geworden; im regulären kaufmännischen Verkehr ist die Kreditgewährung das Uebliche und gilt im Zweifel als stillschweigend angenommene Bedingung. Sogar die Klausel „Zug um Zug" gestattet dem Käufer vielfach einige Tage Zeit zur Prüfung der Ware[1]). Dem gegenüber steht eine andere Unterart des Kaufes, mit Vorausbezahlung des Preises. Sie wird verabredet, wenn der Käufer keinen Kredit hat. Sie ist auch Zug um Zug-Leistung, denn der Verkäufer muß liefern, sobald er im Besitze der Zahlung ist. Ihre Eigenart liegt darin, daß statt des Verkäufers der Käufer vorleisten muß.

Für den Tausch liegen die Verhältnisse anders. Der Kredit kann nicht auf ihn übertragen werden, weil keine Geldleistung da ist. Kredit ist das Vertrauen in eine Person, daß sie in der Zukunft Geld leisten könne. Auch ein Analogon zur Verabredung der Vorausbezahlung des Preises kann es für den Tausch nicht geben; es ist nur die Zug um Zug-Erfüllung denkbar. Ohne besondere Verabredung hat man keine Veranlassung, einer der beiden Vertragsleistungen den zeitlichen Vorrang zuzusprechen. Der Tausch verlangt seiner Natur nach korrekte Zug um Zug-Erfüllung, denn beide Leistungen stehen sich rechtlich gleichwertig gegenüber.

Aber auch für den Tausch darf die Forderung Zug um Zug nicht allzu strikte gestellt werden. Das Gesetz verlangt damit nur die Gleichzeitigkeit der Erfüllung, die auch hier relativ ist. Wie es einen Distanzkauf gibt, kann auch auf Distanz getauscht werden und können die Erfüllungsorte der beiden Leistungen verschiedene sein. Zug um Zug ausgewechselte Leistungen müssen nicht am gleichen Ort

[1]) Becker, Komm. zu Art. 184 OR, Nr. 16.

ausgewechselt werden[1]). Bei einem Distanztausch wird der Empfänger der ersten Sache diese prüfen und dann die Maßnahmen treffen, um die von ihm zu liefernde Sache zu versenden. Die Zeit zwischen dem Versand der ersten Sache und der Ankunft der zweiten Sache kann daher verschieden groß sein, je nach der Distanz, auf welcher die Sachen transportiert werden müssen. Trotzdem ist Zug um Zug-Leistung anzunehmen. Wenn der zweite Kontrahent die Prüfung der ihm zugesandten Sache und die Spedition seiner Lieferung umgehend besorgt, kann er auch beim Tausche nicht in Leistungsverzug geraten.

Zur Ergänzung sei der bereits erwähnte Artikel 82 herangezogen, der eine allgemeine Ordnung für die Erfüllung gibt. Für den Kauf ist diese Bestimmung nicht im gleichen Maße wichtig wie für den Tausch, weil beim Kreditkauf wie beim Kauf gegen Vorausbezahlung des Preises eine spezielle Ordnung der Erfüllung angegeben ist. Für die Abwicklung des Zug-um-Zug-Kaufes bildet die Abfassung des Art. 184 Abs. 1 ein Indiz, indem er zuerst die Verpflichtung der Lieferung des Kaufgegenstandes und nachher diejenige der Preiszahlung anführt. Beim Tausch fällt dies weg, und nur der Art. 82 kann die Reihenfolge angeben. Wer selbst erfüllt hat, kann von der andern Vertragspartei Erfüllung verlangen. Eine Vorleistung beim Tausche bewirkt die sofortige Fälligkeit der andern Leistung, es sei denn, daß nach dem besondern Inhalt des Vertrages eine Partei erst später zu erfüllen hat. Der andere Weg, die Gegenpartei zur Erfüllung anzuhalten, ist der der Erfüllungsbereitschaft. Darunter ist auch beim Tausche nicht bloße Verbaloblation, sondern Realoblation zu verstehen; die Erfüllung muß angeboten worden sein. Diese Bestimmung will den lieferungsbereiten Kontrahenten vor dem Verlust seiner

[1]) Anders Becker, Komm. zu Art. 184 Abs. 2 OR, Nr. 15.

Lieferung schützen, indem er nicht erfüllen muß, bevor die Gegenleistung in sicherer Aussicht steht. Jeder Kontrahent ist nur dann verpflichtet, seine Verbindlichkeit aus dem Vertrag zu erfüllen, wenn auch der andere Kontrahent sie erfüllt[1]). Beim Tausche darf auf diese Formel besonderer Nachdruck gelegt werden. Da in der Regel individuelle Sachen getauscht werden, so kann einem Kontrahenten nicht zugemutet werden, zu leisten, wenn die Gegenleistung ungewiß ist. Es hat für ihn keinen Wert, seine Sache hinzugeben und die ausbleibende Gegenleistung in eine Schadenersatzforderung umzuwandeln. Er soll mit seiner Leistung zum mindesten zuwarten dürfen, bis die Gegenleistung in Aussicht steht.

§ 10. Der Erfüllungsort.

In engem Zusammenhang mit der Frage der Zug um Zug-Erfüllung der Tauschleistungen steht diejenige des Erfüllungsortes, d. h. die Frage, ob die zeitliche Einheit der Erfüllung auch örtliche Einheit erfordere. In der Doktrin stehen sich hier zwei Theorien gegenüber[2]). Die eine geht dahin, daß die Zug um Zug-Leistung auch örtliche Wirkung habe und Einheitlichkeit des Erfüllungsortes verlange. Die andere stellt den Satz auf, Zug um Zug beziehe sich nur auf Art und Zeit der Erfüllung und habe keinen Einfluß auf den Erfüllungsort. Für den Kauf wird jene Auffassung hauptsächlich von Becker vertreten[3]), doch scheint die Ableitung dieser Forderung aus Art. 184 Abs. 2 OR nicht gerechtfertigt, auch kann der Artikel in dieser Auslegung nicht auf den Tausch übertragen werden.

[1]) Oser, Komm. zu Art. 82 OR.
[2]) Meier, Der Erfüllungsort S. 67 und dort zitierte Autoren.
[3]) Becker, Komm. zu Art. 184, Nr. 15.

Das spezielle Kaufsrecht sieht keine besondere Regelung des Erfüllungsortes vor. Ebenso darf Art. 184 Abs. 2 nicht dazu umgedeutet werden, der Wortlaut ist ausdrücklich: „ . . . sind Verkäufer und Käufer verpflichtet, ihre Leistungen gleichzeitig — Zug um Zug — zu erfüllen." Es wird besonders betont, daß die Worte Zug-um-Zug ein Zeitbegriff und kein Ortsbegriff sind. Die Bestimmung eines Erfüllungsortes im speziellen Kaufsrecht wäre zudem überflüssig, der allgemeine Teil regelt ihn in Art. 74 ausführlich. Er ist insofern den besonderen Erfordernissen des Kaufes angepaßt, als er je für Geldschuld, für Sachschuld und für andere Verbindlichkeiten den Erfüllungsort angibt. Ausgangspunkt ist der Gedanke, daß nicht der Vertrag als Ganzes einen Erfüllungsort hat, sondern die aus ihm entstandenen einzelnen Verpflichtungen, so, daß im gleichen Vertrag verschiedene Erfüllungsorte aufgestellt werden können.

Der Tausch kann analog dem Kauf behandelt werden. Ist vertraglich nichts vereinbart, so erhält nach Art. 74 jede Leistung ihren besondern Erfüllungsort. Da eine Geldschuld als Preis wegfällt, kommt Ziffer 1 außer Betracht. Ziffer 2 lautet: „Wird eine bestimmte Sache geschuldet, so ist diese da zu übergeben, wo sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses befand." Es ist kein Zweifel, daß die Leistung körperlicher Sachen da zu erfüllen ist, wo diese sich im Moment des Vertragsschlusses befinden. Sind sie zufällig am gleichen Ort[1]), so ergibt sich ein einheitlicher Erfüllungsort. Sind die Sachen aber an verschiedenen Orten[2]), so sind getrennte Erfüllungsorte anzunehmen. Die Form der Erfüllung als Zug um Zug-Leistung wird dadurch

[1]) Ort des Vertragsschlusses oder auf dem gleichen Markt.

[2]) Als nicht am gleichen Orte befindlich sind Sachen zu betrachten, die wohl z. B. in der gleichen Stadt, aber nicht im gleichen Hause oder Lokal gelegen sind und deren Dislozierung Transportkosten verursacht.

nicht berührt, da das Gesetz nicht absolute Gleichzeitigkeit verlangt.

Kann ein Leistungsgegenstand nach Art. 74 Ziff. 2 nicht als körperliche Sache behandelt werden (obschon er rechtlich Sache ist[1]), oder existiert das Leistungsobjekt zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht, so muß Ziffer 3 zur Anwendung kommen, wonach als Erfüllungsort der Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit gilt[2]). Auch hieraus geht hervor, daß für den Tausch nicht an einem einheitlichen Erfüllungsort festzuhalten ist. In dubio pro debitore. Beide Schuldner dürfen sich auf dieses Prinzip berufen. Mangels anderer Verabredung können beide denjenigen Erfüllungsort für sich beanspruchen, der ihnen als der günstigere erscheint.

Der Vollständigkeit halber muß noch die Frage des Erfüllungsortes für diejenige Tauschleistung, deren Ergänzung eine Aufzahlung bildet, erwähnt werden. Hier ist eine doppelte Lösung möglich. Die eine geht dahin, die Leistung als Einheit zu betrachten und ihr einen Erfüllungsort zuzuerkennen, der sich nach der Hauptleistung zu richten hätte. Da die Hauptleistung im Tauschvertrag nie Geld, sondern stets eine Sache oder eine andere Verbindlichkeit ist, so wird auch die Erfüllung der Geldleistung entweder da, wo sich der Gegenstand der Hauptleistung zur Zeit des Vertragsschlusses befand, oder da, wo der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Vertrages seinen Wohnsitz hatte, von statten gehen müssen. Wie ist es aber zu halten,

---

[1]) Gasförmige Körper, Elektrizität usw.

[2]) In Ziffer 3 des Art. 74 ist der Erfüllungsort räumlich weiter gefaßt als in Ziffer 2, indem dort der zivilrechtliche Wohnsitz des Schuldners gemeint ist, der sich als Gemeinwesen weit ausdehnen kann. Es können daher bei gleichem zivilrechtlichem Wohnsitz der Parteien wirtschaftlich doch verschiedene Erfüllungsorte da sein, auf welche bei der Abwicklung der Vertragsverhältnisse Rücksicht zu nehmen ist.

wenn eine Tauschleistung aus zwei Sachobjekten mit verschiedenem Standort besteht? Welchem der beiden Erfüllungsorte muß eine hinzukommende Geldzahlung zugewiesen werden? Es hält schwer, hier eine allgemein gültige Regel aufzustellen und muß der Beurteilung des einzelnen Vertrages überlassen werden, ob aus seinen besondern Umständen auf einen bestimmten Willen der Parteien geschlossen werden kann. Ist dies nicht der Fall, so führt nur die zweite der angedeuteten Lösungen zum Ziele: besteht eine Leistung aus verschiedenen Teilleistungen, so hat jede derselben ihren eigenen Erfüllungsort, wie er nach Art. 74 Ziff. 1—3 erkennbar ist[1]). Für die Tauschleistung mit Aufzahlung ergibt sich daraus, daß die Sachleistung gemäß Ziffer 2 und 3, die Geldleistung gemäß Ziffer 1 oder Abs. 2 zu erfüllen ist. Nur auf diese Weise ist eine übersichtliche Lösung möglich, die sich auf alle Fälle anwenden läßt und keine der Parteien benachteiligt.

§ 11. Der Uebergang von Nutzen und Gefahr.

Durch die Zweiteilung des Kaufvertrages in ein Verpflichtungs- und ein Verfügungsgeschäft entsteht in den Rechtsverhältnissen der verkauften Sache ein eigenartiges Zwischenstadium dann, wenn Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zeitlich auseinanderfallen. Dieses Zwischenstadium kann in bezug auf Eigentumsübergang und Uebergang von Nutzen und Gefahr verschieden geregelt werden. Das römische Recht, auf Handel und Verkehr eingestellt, ging vom Grundsatze aus: Periculum est emptoris. Der Vertragsschluß war der Moment, in dem nicht das Eigentum, wohl aber die Gefahr der Sache auf den Käufer über-

[1]) Aehnlich Oser, Komm. zu OR Art. 74, II 2 d.

ging. Die Praxis des französischen Code civil[1]) ging einen Schritt weiter und ließ auch das Eigentum gleich bei Vertragsschluß übergehen. Anders im germanischen Recht, wo Eigentum wie Gefahr der Kaufsache erst mit dem Besitze übergingen. Es war Landrecht, Bauernrecht. Verkehrsobjekte waren hauptsächlich Vieh und Produkte des Viehstandes. Die natürlichen Verhältnisse erforderten, daß Nutzen und Gefahr bis zur Vertragserfüllung auf Seiten des Verkäufers belassen wurden. Das allgemeine preußische Landrecht[2]) knüpfte beim Kaufvertrage im Prinzip ebenfalls den Uebergang der Gefahr an die Uebergabe der Sache. Aehnlich das österreichische Recht[3]), und das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch[4]). Der Verkäufer trägt die Gefahr bis zur

---

[1]) Code civil français, Art. 1583: „Elle (c'est à dire la vente) est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé."

[2]) Allg. Preuß. Landrecht, § 95 (I. Th. 11. Tit.): „So lange der Verkäufer dem Käufer die Sache noch nicht übergeben hat, bleibt bei allen freiwilligen Verkäufen, wenn sie nicht in Bausch und Bogen geschlossen, oder sonst ein Anderes ausdrücklich verabredet worden, Gefahr und Schaden dem Verkäufer zur Last."

[3]) Oesterreichisches A. B. G. B., § 1048: „Ist eine Zeit bedungen, zu welcher die Uebergabe geschehen soll, und wird in der Zwischenzeit . . . die vertauschte bestimmte Sache . . . zufälligerweise ganz oder doch über die Hälfte am Werte zu Grunde gerichtet, so ist der Tausch für nicht geschlossen anzusehen." § 1049: „Andere in dieser Zwischenzeit durch Zufall erfolgte Verschlimmerungen der Sache und Lasten gehen auf die Rechnung des Besitzers."
§ 1041: „Ist keine Zeit zur Uebergabe der bestimmten Sache bedungen und fällt keinem Teile ein Versehen zur Last, so sind die obigen Vorschriften wegen Gefahr und Nutzung auf den Zeitpunkt der Uebergabe selbst anzuwenden, insofern als die Parteien nicht etwas anderes festgesetzt haben."

[4]) B. G. B. § 446: Mit der Uebergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Uebergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache."

Tradition der Ware, und wenn er nicht leisten kann, so kann auch der Käufer nicht zur Leistung gezwungen werden.

Die Regelung des revidierten OR, Art. 185 Abs. 1 ist gleich, wie im alten OR, Art. 204. Schon bei dessen Erlaß standen sich die Anhänger der römischen und der germanischen Auffassung gegenüber. Das römisch-rechtliche Prinzip drang durch: „Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschlusse des Veräußerungsvertrages auf den Erwerber über . . . ."[1]) Doch vermochte das römisch-rechtliche Prinzip während der ungefähr dreißigjährigen Geltungsdauer des alten OR keine feste Wurzel zu fassen. Es entsprach nicht der Volksauffassung. Man kaufte und verkaufte vielfach in der Annahme, daß Nutzen- und Gefahrsübergang an die Besitzesübertragung geknüpft seien. Kam ein Streitfall vor Gericht, so mußten die Leute erst darüber aufgeklärt werden, daß ihre natürliche Auffassung vom Gefahrsübergang nicht mit der Regelung des Gesetzes übereinstimme. Es ist daher nicht verwunderlich, wenn anläßlich der Revision des OR erneut Anstrengungen gemacht wurden, um die Gefahr mit der Tradition der Kaufsache übergehen zu lassen. Das Resultat war jedoch wieder ein Sieg des römisch-gemeinrechtlichen Prinzips. Warum? Etwa weil man erkannt hätte, daß dies die dem Kauf gemäße natürlichere Auffassung sei? Im Gegenteil. Die Beibehaltung des Wortlautes des alten Art. 204 war ein Kompromiß rechtspolitischer Natur. Man mußte der französischen Rechtsauffassung Konzessionen machen. Eugen Huber sprach sich darüber in den Beratungen des Nationalrates ganz eindeutig aus[2]): „Ich habe den Ver-

[1]) Zürcher. priv. rechtl. Gesetzbuch, Art. 1438.

[2]) Vgl. Amtl. Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Bd. 19, S. 569.

such gemacht, das Prinzip des BGB ins revidierte OR hineinzubringen, das mir persönlich das natürlichere, einfachere Verhältnis darzustellen scheint; allein ich bin auf die Widerstände gestoßen, die sich schon im Jahre 1880/81 bei Beratung des OR gezeigt haben. Der Kompromiß läßt es nicht zu, daß wir diese Gefahrstragung einseitig nach deutscher Ueberlieferung ordnen, wir müssen auch an die Ordnung denken, wie sie in der welschen Schweiz gegeben ist, und das führt zum Festhalten des gemeinrechtlichen Standpunktes."

Betrachtet man Wesen und innern Aufbau des Kaufvertrages, ergibt sich, daß ihm die gegenwärtige Lösung nicht gerecht wird, zum mindesten nicht im bürgerlichen Verkehr. Der Kaufvertrag erzeugt zwei Obligationen, die eine auf Lieferung der Kaufsache, die andere auf Zahlung des Preises. Sie haben ein gesondertes rechtliches Schicksal, jede ihre eigene gesetzliche Normierung. Der Konsens fügt die beiden Obligationen zusammen: Der eine gibt die Sache g e g e n des andern Geld. Jeder Kontrahent möchte sich nur dann verpflichten, seine Verbindlichkeit aus dem Vertrage zu erfüllen, wenn der andere Kontrahent auch erfüllt. Anderseits liegt es nicht im Geschäftswillen der Parteien, die Erfüllung der Gegenverpflichtung zu erlangen, ohne selbst zu leisten. Wenn daher nach Vertragsschluß, aber vor der Uebergabe, eine Sache ohne Verschulden des Schuldners untergeht, entspricht es dem natürlichen Rechtsempfinden, daß die Gegenleistung auch dahinfällt. In der Rechtssprache ausgedrückt: Die causa allein ist nicht das Maßgebende in einem gegenseitigen Vertrage. Es muß auch auf die Verknüpfung der beiden Leistungen und das damit Bezweckte Rücksicht genommen werden. Die causa vermag ihre Wirkung wohl auf die richtige Erfüllung zu erstrecken, soweit sie in der Möglichkeit des Verpflichteten liegt, aber nicht weiter. Nutzen und Gefahr

betreffen eine Sache als körperlichen Gegenstand. Sie sind objektiv bedingt, folgen daher natürlicherweise beim Kaufe dem tatsächlichen Besitz. Die synallagmatische Beziehung der beiden Leistungen ist ebenso fest, wie die Wirkung der causa. Es ist also eine starke Begünstigung des Verkäufers, wenn man ihm für die Zeit vom Vertragsschluß bis zur Uebergabe das Eigentum an der Sache überläßt, ihn aber von Gefahr und Nutzen enthebt, zumal er nicht riskiert, daß die Geldleistung durch Zufall untergehen könnte[1]).

Wenn also schon die Richtigkeit der Bestimmung von Art. 185 Abs. 1 OR für den Kauf in Zweifel gezogen werden kann, so darf auch dessen Anwendung auf den Tausch sehr in Frage gestellt werden. Sämtliche Elemente des Kaufvertrages, die noch für die Rechtfertigung der Regelung des erwähnten Artikels herangezogen werden können, kommen für den Tausch nicht in Betracht. Anderseits ist alles das beim Tausche besonders ausgeprägt, was schon dem genannten Artikel beim Kaufe widerspricht. Die Tauschverpflichtung wirkt stärker dinglich, als die Kaufsverpfichtung; es liegt mehr Gewicht auf der gegenseitigen Abhängigkeit der Leistungen. Die causa, d. h. die rechtliche Stütze der beiden Obligationen, tritt zurück zu Gunsten des Ineinandergreifens der beiden Verpflichtungen, so daß man fast sagen könnte, sie seien gegenseitig bedingt. Ferner sind beim Tausche beide Leistungen gleichartig, was die dingliche Wirkung verstärkt, indem beide

[1]) Es kann die Frage aufgeworfen werden, ob die heutige allgemeine Regelung des Ueberganges von Nutzen und Gefahr nicht besser als Spezialregel auf den kaufmännischen Verkehr zu beschränken wäre. Für den Kaufmann ist es oft unwesentlich, ob er die Gewalt über eine Sache hat oder nicht. Die rechtliche Forderung allein bildet schon einen Bestandteil seines Vermögens; er kann die Sache weiter veräußern und aus ihr Gewinn ziehen, ohne sie je in Händen gehabt zu haben. Da ist es am Platze, daß Nutzen und Gefahr schon mit Abschluß des Vertrages übergehen.

der Gefahr des zufälligen Untergangs ausgesetzt sind. Der Zug um Zug-Charakter der Tauschleistungen bewirkt, daß jede Vertragspartei sofort nach Vertragsschluß erfüllungs- und empfangsbereit sein muß. So ergänzt der Uebergang von Nutzen und Gefahr beim Uebergang des Eigentums und des Besitzes die Wirkung der Zug um Zug-Leistung. Es steht jeder Partei frei, sich der Gefahrtragung für die versprochene Tauschsache durch sofortige Erfüllung zu entledigen.

Der Gefahrsübergang nach Art. 185 Abs. 1 würde für den Tausch sehr komplizierte Haftungsverhältnisse schaffen, so daß z. B. der A Eigentum an der Sache a, hingegen Nutzen und Gefahr der Sache b zu tragen hätte, wobei B noch Eigentümer der Sache b wäre, hingegen Nutzen und Gefahr der Sache a tragen müßte. Es wäre also jede Partei gerade für diejenige Sache verantwortlich, die sie nicht besitzt. Es kann nicht im Sinne unseres Gesetzes liegen, derartig gekreuzte Rechtsverhältnisse zu schaffen, besonders da nicht, wo eine klare Sachlage sich auf ganz einfache Weise ergibt, indem man für den Tausch den Satz aufstellt, daß Nutzen und Gefahr auf beiden Seiten mit Besitz und Eigentum übergehen. Diese Regelung entspricht den Interessen beider Parteien. Wenn eine Sache, solange sie beim Eigentümer bleibt, auch in dessen Nutzen und Gefahr steht, wird er sie um so sorgfältiger hüten; ebenso wird dies seine Erfüllungsbereitschaft erhöhen.

Ein Richter, der auf diese Weise einem Tauschvertrage gerecht zu werden versucht, ist nicht gezwungen, hier contra legem zu entscheiden. Art. 185 Abs. 1 ist so redigiert, daß man ohne Bedenken für den Tausch die andere Regel aufstellen darf. Schon im Eingang verweist er auf die möglichen Ausnahmen: „Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen . . . . .“ Da im kleinen bürgerlichen Verkehr, zu dem auch der Tausch

gezählt werden muß, meistens gehandelt wird, ohne daß man sich über die rechtlichen Konsequenzen klar wird, dürfte der Fall selten sein, wo der Uebergang von Nutzen und Gefahr besonders verabredet wird, wie der Artikel es vorsieht. Hingegen wird man hier ohne weiteres das Vorliegen besonderer Verhältnisse annehmen dürfen[1]). Sie liegen in der erwähnten Eigenart des Tausches.

Art. 185 Abs. 2 regelt den Uebergang von Nutzen und Gefahr im besondern für den Gattungskauf. Ist Gattungsware Gegenstand des Tausches, so ist die Kaufsregel ebenfalls zu eng. Abs. 2 muß in der gleichen Weise abgeändert werden wie Abs. 1. Beim Tausch geht nicht mit der Ausscheidung der Gattungsware die Gefahr auf den neuen Erwerber über, sondern erst mit dem Uebergang des Eigentums. Hingegen kann gleich wie beim Kaufe angenommen werden, daß eine Sache, richtig verpackt und zur Versendung abgegeben, zu Lasten des Empfängers reist. Wenn der Tausch-Schuldner an dem Ort, wo sich die Sache zur Zeit des Vertragsschlusses befand, oder an seinem Wohnorte (Art. 74, Ziff. 2 und 3) das Nötige zur Spedition vorgesehen hat, so hat er erfüllt.

Art. 185 Abs. 3 regelt den Uebergang von Nutzen und Gefahr bei Kaufverträgen mit aufschiebender Bedingung. Bevor entschieden werden kann, ob diese Bestimmung auf den Tausch Anwendung findet, muß untersucht werden, ob hier eine Bedingung erlaubt ist. Es läßt sich die Frage aufwerfen, ob nicht schon der Tausch an sich in seiner gewöhnlichen Form ein bedingter Kaufvertrag sei. Der Kauf, als der Vertrag auf Veräußerung einer Sache gegen Geld, würde durch die Bedingung modifiziert, daß nicht gegen Geld-

[1]) Anderer Ansicht Oser, Komm. z. Art. 185 OR: „Das Anwendungsgebiet des Artikels geht über den Kaufvertrag hinaus und bezieht sich auf das Veräußerungsgeschäft im allgemeinen."

zahlung, sondern nur gegen die ausgemachte Sachleistung erfüllt wird. Die Eigenart des Tausches läge dann in der Wegbedingung der Geldzahlung. Allerdings wäre dies nicht eine eigentliche[1]), sondern eine Bedingung im weitern Sinne. Die an und für sich unwesentliche Möglichkeit des Kaufes, die Zahlung in eine Hingabe an Zahlungsstatt umzuwandeln, würde durch die Bedingung zur wesentlichen Vertragsbestimmung, zu einer suspensiven Potestativbedingung erhoben. Der Vertrag würde erst definitiv gelten und eine Partei erst vollständig gebunden sein, wenn die andere Partei ihre Sache geliefert hätte oder lieferungsbereit wäre. Bei einer solchen Deutung des Tausches wäre auch die Frage des Ueberganges von Nutzen und Gefahr eindeutig entschieden. Es könnte Art. 185 Abs. 3 angewendet werden, wonach das Eigentum des Vertragsgegenstandes mit der Besitzesübergabe überginge, Nutzen und Gefahr jedoch erst dann, wenn beide Teile erfüllt hätten, und die Bedingung eingetreten wäre.

Es geht jedoch nicht an, den Tausch als suspensiv bedingten Kauf zu konstruieren. Man müßte ihm Gewalt antun und Eigenschaften unterschieben, die er nicht hat. Wohl legen die Parteien den Schwerpunkt des Vertrages darauf, daß ein Gegenstand *gegen* den andern ausgetauscht werde; doch soll dies nicht bedingt sein. Auch wird der Begriff „Bedingung" falsch angewendet, wenn man ihn auf das Vertragsverhältnis des einfachen Tausches überträgt. Nach Art. 151 OR ist ein Vertrag, dessen Verbindlichkeit vom Eintritte einer ungewissen Tatsache abhängig gemacht wird, als bedingt anzusehen. Die ausstehende Tauschleistung ist aber nicht anders ungewiss, als jede versprochene und noch nicht vollzogene Leistung irgend eines Vertrages. Die Tatsache, daß eine Partei nach erfolgtem

[1]) „Bedingung" im engern Sinne nach Oser, Komm. zum OR, Vorbemerkungen zu Art. 151—157.

Vertragsschluß stets noch frei ist, zu erfüllen, darf nicht als Potestativbedingung umgedeutet werden.

Beim Tausch entstünde hier noch eine andere Schwierigkeit. Welche der beiden Leistungen wäre als die bedingte anzusehen? Beide? So wäre keine Partei fest gebunden. Einen Vertrag gibt es aber nur dann, wenn eine Partei in irgend etwas fest gebunden ist. Ein Tausch mit zwei bedingten Leistungen wäre bloße Vorverhandlung zu einem Vertrag. Kann demnach auch beim Tausche nur die eine Leistung bedingt sein, so muß dies ausdrücklich von den Parteien verabredet worden sein. Aber Inhalt dieser Bedingung kann niemals die Erfüllung der Gegenleistung sein. Die Verbindlichkeit des Vertrages muß tatsächlich und objektiv von einem ungewissen Ereignis abhangen. Nur wenn eine eigentliche Bedingung im engern Sinne, die von einer Partei allein geltend gemacht werden kann, vorliegt, darf Art. 185 Abs. 3 für den Uebergang von Nutzen und Gefahr angewendet werden, der in diesem Falle erst im Moment des Eintrittes der Bedingung stattfindet.

§ 12. Der Verzug im Tauschvertrag.

Ist ein Vertrag abgeschlossen, so stellen sich für die Kontrahenten folgende Fragen: Wird der Gegenkontrahent überhaupt erfüllen, und wird er rechtzeitig und richtig erfüllen? Aufgabe der Rechtsordnung ist es, die Möglichkeiten einer mangelhaften Erfüllung von Vertragsverpflichtungen vorauszusehen und deren Folgen zu bestimmen. Der Vertragsschuldner kann den Vertragsgläubiger schädigen, wenn er in Bezug auf die Zeit nicht richtig erfüllt. Diese Schädigung ist von großer Bedeutung für den Kauf, besonders im kaufmännischen Verkehr, wo oft in der zeitlich richtigen Erfüllung die Hauptgewinnaussicht liegt. Aber auch

im bürgerlichen Kaufverkehr spielt das sogen. Fixgeschäft[1]) eine große Rolle.

1) Beim Tausche muß ein Fixgeschäft stets ausdrücklich vereinbart werden. Aus den Umständen des Vertrages wird gewöhnlich nicht auf einen Stichtag geschlossen werden dürfen. Wer gezwungen ist, sich eine Sache auf einen bestimmten Zeitpunkt anzuschaffen, wird keinen Tausch, sondern einen Kauf abschließen. Durch zwei von einander unabhängige Kaufgeschäfte kann der gewünschte Enderfolg, besonders in zeitlicher Hinsicht, weitaus sicherer erzielt werden, als durch Tausch. Ausnahmsweise kann auch beim Tausche in der Beschaffenheit des Tauschgegenstandes ein Zeitpunkt oder Endtermin für die Leistung gegeben sein, der berücksichtigt werden muß. So bei Sachen, die schneller Entwertung unterliegen[2]), oder Sachen, deren Gebrauch an bestimmte Jahreszeiten gebunden ist[3]). Es wäre wider Treu und Glauben im Verkehr, solche in der Art des Gegenstandes liegenden Umstände beim Tausch nicht zu berücksichtigen. Im allgemeinen aber ist davon auszugehen, daß alle gesetzlichen Normen über den Verzug milder zu handhaben sind, als beim Kauf; Schaden und Schadenersatz darf hier nicht auf der gleichen Basis berechnet werden. Hingegen soll der geschädigten Partei der Rücktritt vom Vertrag erleichtert werden.

Die Art. 213 und 214 OR ordnen diese zeitlichen Verhältnisse für den Kauf im bürgerlichen Verkehr. Art. 213 kommt für den Tausch nicht in Betracht; hingegen ist aus Art. 214 Abs. 1 und 3 eine Regel für den Tausch abzuleiten. Der Artikel ordnet den Verzug des Käufers einerseits bei vereinbarter Vorauszahlung oder Zug um Zug-Leistung, andererseits bei

[1]) Art. 108 Ziff. 3.
[2]) Z. B. Früchte, Pflanzen und drgl.
[3]) Z. B. Pelze, Schlitten, Maskenkleider usw.

bereits vor der Zahlung erfolgtem Besitzübergang des Kaufgegenstandes. Diese beiden Möglichkeiten sind beim Kaufe auseinanderzuhalten. Ihre Folgen für den säumigen Käufer sind verschieden, je nachdem die Sache oder der Preis zuerst hätte geliefert werden sollen. Wo (nach Art. 214, Abs. 3) der Kaufgegenstand vor Bezahlung auf den Käufer übergeht, hat sich der Verkäufer durch diese Vorleistung so stark gebunden, daß er wegen Verzug des Käufers nur dann zurücktreten kann, wenn er sich dies ausdrücklich vorbehalten hat. Diese strenge Gebundenheit der vorleistenden Partei ist nur gerechtfertigt gegenüber einer in höchstem Maße un-individuellen Leistung, gegenüber einer Sache, deren Art nicht untergeht. Das ist die Geldleistung. Beim Tausch hat man es mit zwei individuellen Leistungen zu tun, auf welche die Form des Kreditkaufes nicht passen kann.

Die andere Art der Vorleistung ist die Vorausbezahlung des Preises (Art. 214, Abs. 1). Hier ist vom Käufer die Individualleistung kreditiert. Stets wird diejenige Partei Kredit verlangen können, die wirtschaftlich überlegen ist. Dieser Unterschied in der wirtschaftlichen Stärke wird auch vom Gesetz beachtet: es schützt den, dem kreditiert worden ist und betrachtet den als stärker gebunden, der Kredit gegeben hat. Art. 214 enthält demnach für den Tausch folgende Regel: Ist in einem Tauschvertrag verabredet, daß die eine Partei der andern vorzuleisten hat, und befindet sich der Schuldner im Verzug, so hat der Gläubiger das Recht, ohne weiteres vom Vertrage zurückzutreten. Er hat jedoch dem Schuldner hievon sofort Anzeige zu machen.

2) Im gewöhnlichen Zug um Zug-Tausch können beide Parteien sowohl in Leistungs- als in Annahmeverzug gesetzt werden (Art. 102 und 91). Voraussetzung des Verzuges ist, daß derjenige, der den

andern zur Erfüllung anhalten will, entweder bereits erfüllt hat oder erfüllungsbereit ist (Art. 82). Der säumige Schuldner wird durch Mahnung in Verzug gesetzt. Sie muß wie beim Kaufe schriftlich abgefaßt sein und die bestimmte Erklärung des Gläubigers enthalten, daß er hinsichtlich der Zeit auf eine genaue Erfüllung Gewicht lege. Die Tauschmahnung verlangt diese Bestimmtheit in noch höherem Maße als der Kauf, weil infolge des weniger geschäftsmäßigen Charakters des Vertrages der Schuldner annehmen darf, daß die zeitliche Erfüllung von minderer Wichtigkeit sei.

Ist der säumige Schuldner im Verzug, so kann ihm der Gläubiger zur nachträglichen Erfüllung eine angemessene Frist einräumen (Art. 107, Abs. 1). Bei einem Fixgeschäft aber kann er, ohne Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung, vom Vertrage zurücktreten[1]) (Art. 108). Für den Tausch wird der erste Weg der gewöhnliche sein: Der Tauschgegner wird durch gehörige Mahnung in Verzug gesetzt und ihm eine Frist zur nachträglichen Erfüllung eingeräumt. Im Gegensatz zu den andern Rücktrittsrechten des Tauschvertrages darf dieser aus der zeitlichen Pflichtversäumnis des Schuldners entstehende Rücktritt nicht erleichtert werden; er ist nur gestattet, wenn die Voraussetzungen des Art. 107 im vollen Umfange zutreffen. Die Länge der durch die Mahnung angesetzten Frist soll nach dem Gesetz eine angemessene sein. Für den Kauf kann eine Frist noch angemessen sein, wenn der Schuldner die Möglichkeit hat, sie durch sofortige Erfüllung einzuhalten. Im Tauschvertrag ist eine solche Frist stets etwas länger zu bemessen.

Ist der Schuldner nach Ablauf der ihm gesetzten Frist seiner Erfüllungspflicht noch nicht nachgekommen, so hat der Gläubiger nach Art. 107, Abs. 2 drei Möglichkeiten vorzugehen; er kann nämlich:

[1]) Vgl. die oben unter Ziff. 1 aufgestellte Regel.

a) immer noch auf Erfüllung klagen und Schadenersatz wegen der Verspätung verlangen,

b) auf die nachträgliche Leistung verzichten und Ersatz für den aus der Nichterfüllung entstandenen Schaden verlangen,

c) auf die nachträgliche Leistung verzichten und vom Vertrage zurücktreten.

Die beiden erstgenannten Möglichkeiten sind dann gegeben, wenn der Vertrag aufrechterhalten werden soll. Ihr Zweck ist die Erfüllung oder ein möglichst nahe an sie heranreichender Erfolg. Der dritte Weg hebt den Vertrag einseitig auf.

Für den Tauschvertrag stehen nicht alle drei Wege in gleichem Maße offen. Der engen Verknüpftheit der beiden gegenseitigen Leistungen entspricht nur entweder die nachträglich erfolgende richtige Erfüllung oder aber die Vertrags-Auflösung (Ziff. a und c). Die Klage auf Ersatz für den aus der Nichterfüllung entstandenen Schaden unter Verzicht auf die nachträgliche Leistung widerspricht dem Charakter des Tausches. Dem Tauschenden ist nur mit der individuell bestimmten Sache gedient und nicht mit einem Schadenersatz. Das Festhalten an der vertragsgemäßen Erfüllung wie auch der Verzicht auf die nachträgliche Leistung unter Rücktritt vom Vertrag sind Folgen der starken dinglichen Wirkung des Tausches.

Der Rücktritt vom Tauschvertrag muß der Gegenpartei ausdrücklich angezeigt werden (Art. 109), und zwar in angemessener Zeit, bevor der Zurücktretende mit seiner eigenen Leistung selbst in Verzug kommt. Durch die Rücktrittserklärung wird der eigene Verzug ausgeschlossen; die versprochene Gegenleistung kann verweigert werden. Schon Geleistetes kann zurückgefordert werden (Art. 109, Abs. 1) nebst Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens.

§ 13. Die Rechtsgewähr beim Tausch.

Eine Veräußerung durch Tausch bezweckt meist ein Doppeltes: tatsächliche Verschaffung des Gegenstandes und des Rechtes, d. h. des Eigentums. Mangelhafte Erfüllung besteht also in Mängeln der Sache (Sachgewährleistung) oder in Mängeln ihrer Rechtsverhältnisse (Rechtsgewährleistung).

Die Tauschkontrahenten haften gegenseitig dafür, daß nicht Dritte ihnen die Tauschgegenstände aus Rechtsgründen entziehen können. Beim Kauf bezieht sich die Gewährleistung nach Art. 192, Abs. 1 auf solche Rechtsgründe, die schon zur Zeit des Vertragsschlusses bestanden haben. Für Ereignisse, die nach Vertragsabschluß hinzukommen, hat der Verkäufer keine Gewähr zu leisten. Diese Regelung stimmt überein mit der Festsetzung des Ueberganges von Nutzen und Gefahr (Art. 184, Abs. 1). Der Käufer trägt allen Schaden, den die Kaufsache ohne Verschulden des Verkäufers trifft, vom Momente des Vertragsschlusses an. Es wurde aber oben[1]) dargelegt, daß dieser Zeitpunkt des Gefahrübergangs für den Tausch abgelehnt werden muß. Die Gefahr für die rechtliche Beeinträchtigung der auszutauschenden Sache bleibt solange beim Veräußerer wie Besitz und Eigentum. Er hat Gewähr zu leisten für Eviktion aus Rechtsgründen, die bis zur Zeit der Vertragserfüllung eintreten.

Die Folgen der Entwehrung sind für den Tauschkontrahenten etwas anders als für den Verkäufer. Dabei hat man die vollständige und die teilweise Entwehrung auseinanderzuhalten.

a) Bei vollständiger Entwehrung ist ein Kaufvertrag als aufgehoben zu betrachten. Das ist in den Wirkungen gleichbedeutend dem Rücktritt vom

[1]) S. 55 ff.

Vertrage. Dem Entwehrten ist das negative Vertragsinteresse zu ersetzen, ohne Rücksicht auf das Verschulden. Liegt ein Verschulden des Verkäufers vor, so kommt dazu noch das Erfüllungsinteresse (OR Art. 195, Abs. 2).

Für den Tausch werden in Art. 238 eigene Regeln über die Entwehrung aufgestellt, sowohl in Bezug auf das Verschulden des Veräußerers als auch auf die Berechnung des Schadensersatzes. Bei Entwehrung hat die geschädigte Partei die Wahl, Schadenersatz zu verlangen oder die vertauschte Sache zurückzufordern. Das Verschulden wird nicht erwähnt. Die Folgen treten also auch dann ein, wenn die Entwehrung objektiv veranlaßt war und den Veräußerer kein Verschulden trifft. Dies ist eine Konsequenz der starken dinglichen Wirkung des Tausches. Der besondere Geschäftswille fällt stärker ins Gewicht, als die subjektive und die objektive Leistungsunmöglichkeit des Schuldners. Durch die bloße Tatsache der Nichterfüllung verliert er die Befugnis, am Verlauf des Vertrages mitzuwirken. Der entwehrte Tauschgläubiger hat die Wahl, den Vertrag aufrecht zu erhalten oder davon zurückzutreten. Bleibt der Vertrag bestehen, so hat er seine Leistung zu machen; hat er schon erfüllt, so kann er die Leistung nicht mehr zurückfordern. Dafür kann er für die Entwehrung der Gegenleistung Schadenersatz, hier das negative Vertragsinteresse, verlangen. Dieses setzt sich zusammen aus

1) dem Wert der entwehrten Sache, abzüglich der von ihr gewonnenen oder versäumten Früchte und sonstigen Nutzungen (analog OR Art. 195, Ziff. 1 und ZGB Art. 939, Ziff. 3);
2) dem Ersatz der für die Sache gemachten notwendigen und nützlichen Verwendungen, soweit sie nicht von dem evinzierenden Dritten erhältlich sind (OR Art. 195, Ziff. 2 und ZGB Art. 939, Ziff. 1);

3) dem Ersatz aller durch den Prozeß veranlaßten gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten;
4) dem Ersatz des sonstigen durch die Entwehrung unmittelbar verursachten Schadens (Art. 195, Ziff. 3 und 4 OR).

Trifft den Tauschschuldner ein Verschulden, so kann der entwehrte Tauschgläubiger noch weiteren Schaden geltend machen (OR Art. 193, Abs. 2). Es besteht kein Grund, in dieser Beziehung vom Kauf eine Ausnahme zu machen.

Eine Abweichung tritt erst dann ein, wenn der evinzierte Tauschgläubiger den Rücktritt vom Vertrage erklärt (Art. 238). Dieser ist beim Tausch ein viel schärferes Vorgehen, als die Klage auf Schadenersatz für Nichterfüllung. Es ist billig, daß der Tauschkontrahent diese beiden Möglichkeiten hat, denn er gibt seine Gegenleistung in Form einer individuellen Sache; es kann ihm daher einen großen Unterschied ausmachen, ob er an Stelle des weggenommenen Gegenstandes einen Geldersatz oder wieder seine Leistung zurückerhält.

Der Rücktritt geschieht formlos. Einzige Voraussetzung ist, daß die in Tausch empfangene Sache entwehrt worden ist und die Entwehrungsgründe schon vor Vertragsschluß bestanden haben. Die Folgen des Rücktritts können verschieden sein. Die noch nicht vollzogene Gegenleistung braucht nicht mehr gemacht zu werden. Doch muß der aus der entwehrten Sache gezogene Nutzen zurückerstattet werden. Ist die Gegenleistung schon gemacht, so kann sie zurückgefordert werden samt dem daraus gezogenen Nutzen. Ebenso müssen die beidseitigen Verwendungen ausgeglichen werden; Nutzen sowie Verwendungen können im Einverständnis beider Parteien auch wettgeschlagen werden. Beim Rücktritt vom Vertrag kann der evinzierte Tauschgläubiger Ersatz aller durch einen eventuellen

Prozeß veranlaßten gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten verlangen, mit Ausnahme derjenigen, die durch Streitverkündung vermieden worden wären, sowie Ersatz des sonstigen durch die Entwehrung unmittelbar verursachten Schadens (OR Art. 195, Ziff. 3 und 4). Ein Ersatz für weiteren Schaden, wie er für den Kauf (OR Art. 195, Abs. 2) vorgesehen ist und auch im Tausch bei Festhalten am Vertrag und Verschulden des Schuldners verlangt werden kann, geht beim Rücktritt vom Vertrag nicht an.

b) Teilweise Entwehrung. In Art. 196 OR ist für den Kauf eine Spezialregel vorgesehen für den Fall, wo nur ein Teil des Kaufgegenstandes entzogen wird. Dann kann der Käufer nicht die Aufhebung des Vertrages, sondern nur Ersatz des Schadens fordern, der ihm durch die Entwehrung verursacht wird. Ist jedoch aus den Umständen zu entnehmen, daß der Käufer den Vertrag nicht geschlossen haben würde, wenn er die teilweise Entwehrung vorausgesehen hätte, so kann er trotzdem die Aufhebung des Vertrages verlangen.

Dieser Artikel trägt zwei Prinzipien Rechnung, die im allgemeinen Teil des OR aufgestellt werden. Einmal ist es die im Art. 20, Abs. 2 liegende Tendenz des Gesetzes, einen abgeschlossenen Vertrag nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten[1]) und auch eine teilweise Erfüllung anzuerkennen, unter entsprechender Herabsetzung der Gegenleistung. Sodann kommt darin die andere Tendenz zur Geltung, daß ein Gläubiger eine Teilzahlung nicht anzunehmen braucht, wenn die gesamte Schuld feststeht und fällig ist[2]) (OR Art. 69, Abs. 1).

Im Tauschartikel 238 ist nicht angegeben, ob unter der Entwehrung auch der teilweise Entzug mit inbegriffen ist. Dieser Fall darf nicht ganz nach den gleichen Gesichtspunkten entschieden werden wie beim Kauf, wo

[1]) Becker, Komm. zu Art. 196 OR.
[2]) Oser, Komm. zu Art. 196 OR.

es in der Hauptsache darauf ankommt, welche Bedeutung im konkreten Fall dem entwehrten Teil der Leistung zukommt im Verhältnis zum nicht entwehrten Teil. Beim Tausch haben wir beide Leistungen in Betracht zu ziehen. Es kommt nicht nur darauf an, daß die teilweise entwehrte Sache ohne unverhältnismäßigen Wertverlust teilbar und vertretbar ist, sondern auch darauf, ob es auch die Gegenleistung ist, d. h. ob sie ohne Schaden eine entsprechende Reduktion erträgt. Nur wenn beide Leistungen ohne Verlust teilbar sind, darf dem entwehrten Tauschgläubiger zugemutet werden, die Teilleistung zu behalten und einen Teil seiner Gegenleistung zurückzunehmen. Ist die Gegenleistung aber eine unteilbare, individuelle Sache, so ist auch der der Eviktion entronnene Teil der andern Leistung nicht als Erfüllung anzuerkennen, sondern der Rücktritt vom Vertrag zuzulassen. Ebenso ist diese Lösung anzuerkennen, wenn Zweifel bestehen, ob eine Sache vertretbar ist oder nicht. Es entspricht dem Wesen des Tauschvertrages, daß weniger darnach getrachtet wird, den Vertrag als solchen möglichst aufrecht zu erhalten und Teilleistungen zu erleichtern, als vielmehr, daß er dem ursprünglichen Vertragswillen entsprechend entweder als eine Einheit erfüllt, oder aber, wo dies nicht erreichbar ist, aufgelöst werde.

§ 14. Gewährleistung wegen Mängel der Tauschsache.

1.

Praktisch wichtiger als die Gewährleistung des veräußerten Rechtes ist die Gewährleistung bei Mängeln der veräußerten Sache, wo der Sachempfänger den Sachgeber unter gewissen Umständen für fehlerhafte oder fehlende Eigenschaften der Sache verantwortlich machen kann. Beim Kaufe bewirkt diese Haftung eine

große Belastung des Verkäufers, Er haftet nicht nur für die Mängel, die er selbst kannte und die er dem Käufer nicht namhaft machte, sondern auch für Mängel, von denen er nichts wußte. Von der Haftung für die ihm bekannten Mängel kann er sich befreien, wenn er sie bei den Vertragsverhandlungen dem Käufer bekannt gibt (Art. 200 Abs. 1). Der Käufer darf sich also in hohem Maße auf Treu und Glauben im Verkehr verlassen und braucht bei der Prüfung der Kaufsache nicht besondere Sorgfalt walten zu lassen. Diese strenge Haftbarkeit des Verkäufers gegenüber dem Käufer erklärt sich aus der Eigenart des Kaufes. Er ist das häufigste Umsatzgeschäft in Handel und Verkehr und soll schnell und reibungslos abgewickelt werden können. Es ist billig, daß das Gesetz die Vermutung der Verantwortlichkeit auf den Verkäufer verlegt, der die Sache, die er mehr oder weniger lang zu Besitz und Eigentum gehabt hat, besser kennt als der Neuerwerber.

Bei mangelhafter Kaufleistung stehen dem Käufer zwei Klagen zu, die Wandelungs- und die Minderungsklage. Er ist zwar nicht ganz frei, die eine oder die andere anzustellen. Wenn der geltend gemachte Mangel geringfügig ist, so kann der Richter auch bei Begehren der Wandelung auf bloße Minderung erkennen. Anderseits kann eine Minderung von bestimmtem Umfange nur als Wandelung geltend gemacht werden (Art. 205, Abs. 2 und 3). Befindet sich ein Käufer von Anfang an über die Eigenschaften der Sache in einem Irrtum, und sind diese Eigenschaften in die Gewährleistung des Verkäufers einbezogen, so kann er sich sowohl auf Irrtum als auf Mängelhaftung berufen. Die Bestimmungen über die Mängelhaftung gehen jedoch denen über den Irrtum vor[1]).

Wie der Käufer, ist natürlich auch der Tauschgläubiger nicht gezwungen, einen Vertrag aufrecht zu

[1]) So auch Becker, Komm. zu Art. 196, Nr. 4.

erhalten, wenn ihn die Lieferung des Schuldners nicht befriedigt; doch muß beim Ausgleich des Schadens der Eigenart des Tausches Rechnung getragen werden.

a) Umfang der Haftung des Sachschuldners. Sie entsteht auch beim Tausch, vor allem auf die besonders zugesicherten Eigenschaften (Art. 197 OR) und auf körperliche oder rechtliche Mängel, die den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Man soll sich auf die Aussagen der Gegenpartei verlassen können. Allerdings entspricht es dem Tausche, wenn die Grenze des erheblichen Mangels etwas enger gezogen wird als beim Kaufe; was hier als erheblicher Mangel gilt, kann beim Tausch unerheblich sein. Dadurch, daß die Parteien ihre Umsatzgeschäfte statt durch zwei Käufe durch einen Tausch vollziehen, zeigen sie, daß sie den Wert der beiden Sachen nicht so genau abgestuft haben wollen und auch eventuellen Fehlern der Sache nicht die gleiche Bedeutung zumessen wie beim Kauf. Während bei diesem die eine Leistung qualitativ fehlerfrei ist und deswegen die Haftung der andern verschärft werden muß, unterliegen beim Tausch beide Leistungen der gleichen Gefahr der Mängel. Es ist daher billig, daß für den ganzen Vertrag die Haftung gemildert wird. Dies gilt besonders auch bei versteckten Mängeln, die der Veräußerer nicht gekannt hat. Er soll beim Tausche nur zur Gewährleistung herangezogen werden können, wenn die heimlichen Mängel den vorausgesetzten Gebrauch der Sache aufheben oder ganz erheblich mindern.

Art. 199 kann ohne Einschränkung auf den Tausch übertragen werden. Arglistiges Verschweigen von Gewährsmängeln seitens des Veräußerers bei einer Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht kann nicht geschützt werden. Hingegen muß die von Art. 200 verlangte Aufmerksamkeit des

Käufers für den Tauschkontrahenten erhöht werden. Für den Empfänger steht der Gebrauchswert der Sache im Vordergrund. Die Möglichkeit des Erwerbes der Sache zur Weiterveräußerung, die beim Kaufe die strenge Haftung des Verkäufers mitbedingen mag, fällt für ihn außer Betracht. Die Mängel sind also eher subjektiv als objektiv zu bewerten, was die Diligenzpflicht des Sachempfängers erhöht. Der Ausdruck des Gesetzes „gewöhnliche Aufmerksamkeit" ist für den Tausch zu milde. Sie richtet sich im bürgerlichen Kaufverkehr meistens auf den billigen Preis und nicht auf die Qualität der Sache. Beim Tausch jedoch darf eine sorgfältige Prüfung vorausgesetzt werden; es braucht die Sorgfalt eines „ordentlichen Hausvaters", wie sie das römische Recht so treffend umschrieb.

b) Die Rechtsmittel, die dem Tauschkontrahenten zur Verfolgung seiner Interessen zur Verfügung stehen, sind weniger zahlreich als beim Kaufe. Von vornherein ausgeschaltet ist die Minderungsklage, weil überhaupt kein Preis vorhanden ist. Immerhin ist zu prüfen, ob nicht in gewissen Fällen eine analoge Klage zur Anwendung kommen könnte. Durch die Minderungsklage sollen die beiden Vertragsleistungen wieder ins Gleichgewicht gebracht werden, das durch die mit Mängeln behaftete Leistung gestört worden ist. Das gleiche Ergebnis kann unter bestimmten Umständen auch beim Tausche erreicht werden durch ähnliches Vorgehen. Hat die geschädigte Partei Gattungsware zu liefern, die nach Quantum berechnet wird, so kann dieses entsprechend dem Gewährleistungsanspruch vermindert werden. Auf Minderung in diesem Sinne darf ein Richter aber nur erkennen, wenn sie von dem durch Mängel geschädigten Tauschkontrahenten verlangt wird, nicht aber nach freiem Ermessen.

Bei der Minderungsklage des Kaufes ist streitig, ob neben der Minderung noch eine Schadenersatz-

klage wegen schuldhafter Nichterfüllung zu geben sei[1]). Beim Tausch erschöpfen sich zweifellos die Rechte der geschädigten Partei durch eine unter den erwähnten Voraussetzungen gegebene, der Minderung analoge Reduktion der Gegenleistung. Ein weiterer Schadenersatz kann nicht zugesprochen werden.

Eine andere Klage des Tauschkontrahenten ist die Wandelungsklage. Sie ist stets gegeben, wenn der Mangel einer Leistung groß genug ist, um zur Gewährleistung zu verpflichten, und wenn die Gegenleistung eine einheitliche individuelle Sache ist, die nicht gekürzt werden kann, ohne an Wert einzubüßen. Der Richter hat die Wandelungsklage entweder abzuweisen oder ihr Folge zu geben. Die Abschwächung in einen Minderungsanspruch geht nicht an. Die Wandelungsklage geht vom Gedanken aus, daß der Kontrahent, dem nicht vertragsgemäß geliefert wurde, nicht weiter an den Vertrag gebunden sei. Sie enthält also ein Rücktrittsrecht, dessen Folgen jedoch für den Tausch anders sind als beim Kauf. Spezielle Regel ist OR Art. 238: „Wird die eingetauschte Sache . . . . wegen ihrer Mängel zurückgegeben, so hat die geschädigte Partei die Wahl, Schadensersatz zu verlangen oder die vertauschte Sache zurückzufordern." Voraussetzung der Klage ist ein so bedeutender Mangel der gelieferten Sache, daß die Verpflichtung nicht als erfüllt betrachtet werden kann. Dadurch fällt der Grund für die Hingabe der Gegenleistung dahin. Ist von der geschädigten Partei schon geleistet worden, so kann sie die vertauschte Sache mit dem inzwischen bezogenen Nutzen zurückfordern (Art. 208). Betrifft der Mangel eine vertraglich ausbedungene Vorleistung, so wird mit deren Rückgabe wegen Mängel die geschädigte Partei ihrer Leistungspflicht enthoben. Ein Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages ent-

[1]) Vgl. Becker, Komm. zu Art. 205, Nr. 2.

standenen Schadens ist nur da angezeigt, wo dem nicht richtig erfüllenden Schuldner ein Verschulden zur Last fällt.

Die Rückgabe der mangelhaften Leistung kann auch ohne Rücktritt vom Vertrag erfolgen. Die geschädigte Partei kann richtig erfüllen und Ersatz für das Wegfallen der mangelhaften Leistung verlangen. Dabei entsteht beim Tausch die Frage, ob die geschädigte Partei den Wert der von ihr weggegebenen oder der empfangenen, mängelfrei gedachten Sache einklagen darf. Im Gegensatz zur Wandelungsklage soll hier, wo der Vertrag aufrecht erhalten bleibt, die richtig erfüllende Partei möglichst schadlos gehalten werden. Sie darf den höheren der beiden Vertragswerte einklagen, entweder den Wert der nicht erfüllten Leistung, oder den Wert der eigenen Leistung.

Der durch mangelhafte Lieferung nicht befriedigte Tauschkontrahent kann auch den mangelhaften Tauschgegenstand behalten und für den Minderwert Schadenersatz in Geld verlangen[1]). Ein solcher Ausgleich ist angezeigt, wenn ein Mangel so geringfügig ist, daß er eine Wandelungsklage nicht rechtfertigen würde.

Es ergeben sich bei mangelhafter Tauschlieferung vier Möglichkeiten des Ausgleiches:

a) Bei Gattungssachen die Herabsetzung der Gegenleistung (Analogon zur Minderung des Kaufpreises).
b) Wandelung mit Rücktritt.
c) Schadenersatz wegen Nichterfüllung, unter Rückerstattung der mangelhaften Leistung.
d) Annahme der mangelhaften Leistung unter Schadensersatz für den Minderwert derselben.

Das dem Tausch angemessenste Rechtsmittel bei Mängeln ist die Wandelung. Der Rücktritt ist möglichst zu erleichtern, obschon dies vom Gesetze nicht

[1]) Vgl. Becker, Komm. zu Art. 238, Nr. 4 und Nr. 5.

ausdrücklich vorgesehen ist. Im Zweifel über den Willen der geschädigten Partei ist stets Rücktritt anzunehmen.

Die beiden unter Lit. a) und d) erwähnten Lösungen gehören zu den Ausnahmefällen und Notbehelfen für die Praxis. Sie sind zwar bequem, widersprechen aber wegen der Teilung der Leistungen dem reinen Tauschvertrag, indem sie ihn dem Kaufe nähern. Der Richter darf daher nicht von sich aus darauf erkennen, sondern muß auf das Begehren der geschädigten Partei abstellen.

2.

Die erwähnten Lösungen bei Mängeln der Tauschsache beziehen sich auf solche Verträge, bei denen nur eine der ausgetauschten Sachen beanstandet wird. Die Schadenberechnung ist hier einfach, weil die andere richtige Leistung als feste Basis gelten kann. Ueber die Auflösung des Vertrages und über die Art der Reparation entscheidet der Wille des Geschädigten.

Wie ist aber vorzugehen, wenn beide Vertragsleistungen nicht richtig erfüllt werden? Nach dem Wortlaute des Gesetzes haben beide Parteien die gleichen Rechte; beide hätten also die vier erwähnten Gestaltungsmöglichkeiten. Diese formelle Gleichstellung ist jedoch praktisch unmöglich. Es ist klar, daß z. B. nicht die eine Partei am Vertrage festhalten und die andere ihn auflösen kann. Die Lösung muß auf einer andern Grundlage gesucht werden.

Die Mängel der Erfüllung, die auf beiden Seiten genau gleicher Art sein können und diese kollidierenden Folgen schaffen, zeigen, daß der Tausch von den andern entgeltlichen Verträgen zu trennen ist. Wo eine Vertragsleistung in Geld zu erfolgen hat, kann der verletzte Vertrag ohne Kollision der beidseitigen Rechte repariert werden, weil die Geldzahlung keine indivi-

duelle Leistung ist. Beim Tausch sind auf beiden Seiten vollkommen individuelle Leistungen.

Für die Verbindung der Rechtsfolgen dieser Verträge mit doppelten Tatbeständen gibt es in der Theorie verschiedene Richtlinien. Theoretisch am einfachsten wäre das Prinzip des Ausschlusses des Gesetzesrechtes und Abstellen nur auf den Zweck des Vertrages. In Praxi würden sich aber aus diesem Prinzip Härten ergeben. Es würde dem Richter die Arbeit sehr erschweren und ihn verhältnismäßig häufig auf die freie Rechtsfindung verweisen. Einen andern Weg zeigt die Tauschnorm unseres Gesetzes, Art. 237. Sie stellt das Prinzip der Kumulation der Rechtsfolgen auf. Jede Vertragspartei ist zugleich Käufer und Verkäufer und hat beider Rechte und Pflichten. Dieser Grundsatz kann aber in der Praxis nur da genügen, wo eine Tauschleistung mit Mängeln behaftet ist. Bei Mangelhaftigkeit beider Leistungen ist er nicht anwendbar.

Ebenso ist für den Tausch das Absorptionsprinzip ausgeschlossen. Danach wäre bei doppeltypischen und gemischten Verträgen[1]) zwischen einer Haupt- und einer Nebenleistung zu unterscheiden und der Vertrag als eintypischer nach den Normen des Vertragstypus der Hauptleistung zu behandeln. Beim Tausche kann aber nicht von einer Hauptleistung in diesem Sinne gesprochen werden. Beide Vertragsleistungen stehen sich juristisch gleichartig gegenüber.

Häufiger anerkannt und brauchbarer ist das Prinzip der Kombination der Rechtsfolgen. Es vereinigt in sich Elemente aller drei oben erwähnten Prinzipien und kann für alle Formen der gemischten und doppeltypischen Verträge zu einer befriedigenden Lösung führen.

---

[1]) Vgl. S. 16 f.

Nach dem Prinzip der Kombination der Rechtsfolgen sind im einzelnen Falle die kollidierenden Rechtsnormen von den nicht kollidierenden zu unterscheiden. Das gleiche gilt von den daraus entstehenden Folgen, die beim Tausche sehr häufig kollidieren, wie aus der oben angeführten Zusammenstellung der Rechtsfolgen bei Gewährleistung für Mängel herauszulesen ist. Sie sind also in entsprechender Weise zu kombinieren:

1. Nicht kollidierende Rechtsfolgen. Sie sind stets auf ihre Angemessenheit zu prüfen und können im einzelnen Falle aufgehoben oder abgeändert werden (Prinzip des Ausschlusses des speziellen Gesetzesrechtes).

2. Kollidierende Rechtsfolgen.

a) Es ist zu untersuchen, ob deren Häufung möglich ist; beim Tausch z. B. beidseitig verlangte entsprechende Reduktion der Gegenleistung (Prinzip der Kumulation der Rechtsfolgen).

b) Manchmal überwiegt die Kraft des einen Anspruchs gegenüber dem andern, dann ist der schwächere auszuschließen oder dem andern unterzuordnen (Prinzip der Absorption der Rechtsfolgen).

Auf dieser Grundlage der Kombination der Rechtsfolgen ergibt sich für den beidseitig nicht richtig erfüllten Tauschvertrag: Der Vertrag ist als eine Einheit zu behandeln. Die mechanische doppelte Anwendung der Minderungsregeln ist ausgeschlossen. Der Richter muß vom Parteiwillen ausgehen[1]) und bei der Gestaltung der Rechtsfolgen die vertraglich vereinbarte Gleichwertigkeit der mängelfrei gedachten Objekte zu Grunde legen[2]). Eine objektive Bewertung der Gegenstände, wie sie beim Kaufe selbstverständlich ist, würde den eigenartigen Charakter des Tausches ver-

[1]) Ausgenommen sind die Fälle des offenbaren Mißverhältnisses und des Irrtums (Art. 21 und 23 f).

[2]) Anderer Ansicht: Becker, Komm. zu Art. 238 OR, Nr. 10, Hoeniger a. a. O., S. 80.

letzen. In vielen Fällen wird eine Reparation der Vertragsverletzung anders als durch Geldzahlung allerdings nicht möglich sein, z. B. beim Austausch von Speziessachen. Doch muß hier dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum gelassen werden; wo eine große Geldentschädigung zu Härten führen würde, darf sie der Billigkeit entsprechend angesetzt und dem objektiven Wert der mängelfrei gedachten Leistungsgegenstände angepaßt werden.

Der strengen Einheit des Tauschvertrages entspricht es auch, daß das Rücktrittsrecht erleichtert ist. Die sachliche Verknüpfung der Vertragsgegenstände ist so straff, daß auch eine geringe Verletzung der Vertragspflichten den Vertrag zu sprengen vermag. In der Theorie des Kaufsrechts und im Gesetze wird die Wandelung gegenüber der Minderung als die schärfere Maßnahme der Vertragsreparation betrachtet. Nach Art. 205, Abs. 2 des Kaufsrechts hat der Richter sogar die Befugnis, unter bestimmten Umständen trotz Wandelungsklage der geschädigten Partei Minderung vorzunehmen. Unter bestimmten Umständen hat er dieses Recht auch beim einseitig verletzten Tauschvertrag. Wo aber der Tauschvertrag beidseitig verletzt ist und eine Partei den Rücktritt verlangt, hat die andere Partei sich zu fügen, auch wenn nur auf einer Seite der Rücktritt gerechtfertigt wäre. Es geht nicht an, daß die eine Partei mindert und die andere wandelt. Diese Unterordnung des Minderungsbegehrens unter die Wandelung schließt aber nicht in sich, daß die Reparation des Schadens für das Dahinfallen des Vertrages bei beiden Teilen auf die gleiche Art zu erfolgen hat. Es kann eine Einigung getroffen werden darüber, daß die eine Partei die von ihr gelieferte Sache zurückfordert und die empfangene Sache unter Schadensersatzzahlung ebenfalls zurückbehält. Die beiden in Art. 238 OR aufgestellten Wahlrechte kollidieren nicht.

§ 15. Der Grundstücktausch.

I.

Beim Eigentumswechsel von Grundstücken durch Tausch ist unwesentlich, ob Grundstück gegen Grundstück, oder Grundstück gegen Fahrnis getauscht wird. Das OR regelt den Grundstücktausch nicht; es sind also die Normen des Grundstückkaufes entsprechend anzuwenden. Die Abweichungen vom Fahrnisrecht betreffen in der Hauptsache Formvorschriften des Grundbuches, die durch die besondere Eigenart der Grundstücke gegenüber der Fahrnis[1]) bedingt sind; andere entspringen der besondern Wirkung des Grundbuches[2]) oder haben ihre Begründung in der besondern Art der rechtlichen Transaktion[3]), die an dem Grundstücke vorgenommen wird. Es ergeben sich daher für den Grundstücktausch folgende Richtlinien: Sämtliche Rechtsnormen des Grundstückkaufes, die bedingt sind durch die Abweichung der äußerlichen Erscheinungsform der Grundstücke von der Fahrnis, sind auch auf den Tausch zu übertragen. Ebenso die Vorschriften über die geordnete Führung des Grundbuches. Alle andern Gesetzesvorschriften aber, die den besondern Eigentümlichkeiten einer einzelnen Vertragsart entsprechen, sind auf ihre Uebertragbarkeit auf den Tausch hin erst zu prüfen. Es können dabei rein formelle, wie auch Zweckmäßigkeitsgründe den Ausschlag geben.

Aus diesen Ueberlegungen folgt:

1. Tauschverträge über Grundstücke bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung.

2. Auch ein Vorvertrag für den Tausch von Grundstücken, der die wesentlichen Punkte des Hauptvertrages enthalten muß, bedarf der gleichen Form.

[1]) z. B. OR Art. 216, ZGB Art. 658 ff., 667 ff., 684 ff. u. a.
[2]) z. B. OR Art. 219, Abs. 2, Art. 220, 217 u. a.
[3]) z. B. OR Art. 218, ZGB Art. 681 ff.

Zweck der öffentlichen Beurkundung ist die Mahnung zur Ueberlegung. Ein Hindernis für übereiltes Handeln ist ebenso notwendig beim Vorvertrag zum Tausch, wie zum Grundstückkauf und -verkauf.

3. Dem sog. Kaufsrecht würde ein Tauschrecht entsprechen. Es enthielte für den Berechtigten die Befugnis, ein Grundstück des Verpflichteten gegen andere Sachen als Geld einzutauschen. Diese Gegenleistung müßte im voraus bestimmt, der aus dem Tauschrecht Verpflichtete also fest gebunden sein. Zur Gültigkeit wäre Eintragung im Grundbuch notwendig.

4. Das Rücktauschrecht wäre die Befugnis eines Tauschkontrahenten, nach erfülltem Vertrag den Tausch einseitig wieder rückgängig zu machen. Der Rücktausch würde in sich schließen, daß genau die gleichen Objekte, die eingetauscht worden waren, rückvertauscht würden. Er bedeutete eigentlich für die berechtigte Partei die Möglichkeit, das Tauschgeschäft rückgängig zu machen. Es läge nicht wie beim Rückkauf ein neuer, zweiter Kaufvertrag vor (wenn auch zu gleichen Bedingungen wie vorher), sondern die Auflösung des ersten Tausches. Das Rücktauschrecht wäre ebenfalls im Grundbuch vorzumerken.

Ein wirkliches Tausch- oder Rücktauschrecht kommt nur dann vor, wenn ein Kontrahent berechtigt ist. Besteht der Anspruch auf beiden Seiten, was der Natur des Tauschvertrages entsprechen würde, so hört jede Bindung, jede unbedingte Verpflichtung auf. Damit fällt auch das Recht dahin; ohne eine feste Vertragsbasis hat es keinen Sinn. — Durch die Form der Begründung soll auch beim Tausch- und Rücktauschrecht den sich verpflichtenden Parteien ein Hemmnis entgegengestellt werden zum Schutze vor übereiltem Handeln. Zugleich wird der andere Zweck der Formvorschriften erreicht: Erhöhte Präzision in der Fassung der Verträge[1]).

[1]) Oser, Komm. zu OR Art. 22, III, 1 b).

5. Weniger einfach ist die Uebertragung der Vorkaufsregeln auf den Tauschvertrag. Ein Vorkaufsrecht im Sinne des Gesetzes ist die Befugnis zu kaufen, wenn der Eigentümer einem Dritten verkauft hat[1]). Vorkaufsverträge sind schon in schriftlicher Form gültig. Oeffentliche Beurkundung ist nicht notwendig.

Für den Tausch ergeben sich drei Möglichkeiten:

a) Die Befugnis zu tauschen, wenn der Eigentümer einem Dritten vertauscht hat.

b) Die Befugnis zu tauschen, wenn der Eigentümer einem Dritten verkauft hat.

c) Die Befugnis zu kaufen, wenn der Eigentümer einem Dritten vertauscht hat.

a) Eintritt in den Tausch eines andern mit einem Tausch. Dies ist kein dem Vorkaufsrecht im weitern Sinne[2]) analoges Recht, sondern ein Tauschrecht nach Art. 216, Abs. 2, mit eigenen vorgezeichneten Bedingungen, ein Analogon zum limitierten Kaufsrecht. Es ist also zu dessen wirksamer Begründung öffentliche Beurkundung notwendig.

b) Eintritt in den Kauf eines Dritten mit einem Tausch. Der Tauschgegenstand der Gegenleistung muß im voraus genau festgestellt sein, um dem Tauschrecht eine reale Grundlage zu geben. Dadurch wird es aber auch zum limitierten Tauschrecht, für den verpflichteten Eigentümer eine schwere Belastung. Es ist deshalb öffentliche Beurkundung erforderlich.

c) Eintritt in einen Tausch mit einem Kauf. Diese dritte Variante des Vorzugsrechtes stimmt mit dem Ausdruck „Vortauschrecht" nicht ganz überein, gehört aber ihrem Inhalte nach hierher. Der Eintritt mit einem Kauf in einen Tausch kann geschehen durch eine im voraus bestimmte Kaufsumme (limitiertes Kauf-

[1]) Simonius in ZSchwR 61, 312.

[2]) Eintritt in den Kauf eines andern zu gleichen Bedingungen.

recht mit öffentlicher Beurkundung) oder zu den gleichen Bedingungen, unter denen das Tauschobjekt des Dritten auch käuflich zu erwerben gewesen wäre.

Sämtliche in Art. 216 OR erwähnten Rechte, ob sie sich auf Kauf oder Tausch beziehen, haben mit oder ohne öffentliche Beurkundung nur persönliche Wirkung zwischen den Kontrahenten. Der Verpflichtete kann mit einem Dritten einen gültigen Veräußerungsvertrag abschließen und ihm das mit einem Vorkaufsrecht belastete Grundstück zu Eigentum übertragen, ohne daß der Berechtigte dies hindern oder nachträglich rückgängig machen kann. Er kann nur Schadenersatz für den nichterfüllten Vertrag verlangen, doch wird ihm dies unter Umständen wenig nützen. Um dieses Vorkaufsrecht zu sichern und ihm eine dingliche Wirkung zu verleihen, die den Berechtigten auch Dritten gegenüber sichert, hat nun das Gesetz die Vormerkung im Grundbuch vorgesehen. Der Art. 681 ZGB spricht aber nur vom Kaufe. Es ist zu untersuchen, ob dieser Vorteil des Grundbucheintrages auch für das Vortauschrecht gilt, d. h. 1., ob ein Vortauschrecht auch vorgemerkt werden kann, und 2., ob ein vorgemerktes Vorkaufsrecht im weitern Sinne aufgefaßt und auch auf den Tausch ausgedehnt werden darf.

1. Für die erste der aufgeworfenen Fragen ist Art. 959 ZGB maßgebend betr. die Vormerkung persönlicher Rechte. Er zählt auf: Vor- und Rückkaufrecht, Kaufrecht, Pacht und Miete. Die Aufzählung ist nicht abschließend. Weitere ausdrücklich erwähnte Vormerkungsrechte finden sich bei der Schenkung, beim Anteil der Miterben am Gewinn aus Verkauf eines Grundstückes, bei Vereinbarungen über das Nachrücken von Grundpfandgläubigern. Art. 959 ZGB für sich allein schließt die Vormerkung von Tauschrechten nicht aus.

Auch die Tauschartikel 237 und 238 OR enthalten hierüber keine ausdrückliche Vorschrift. Man ist auf die Hilfsmittel der „entsprechenden Anwendung" der Kaufsregeln angewiesen: Jede Vertragspartei ist mit Bezug auf die von ihr versprochene Sache als Verkäufer und mit Bezug auf die ihr zugesagte Sache als Käufer zu behandeln (Art. 237). Jede erhält die Gläubigerstellung des Käufers und die Schuldnerstellung des Verkäufers. Das Recht zur Vormerkung im Grundbuch müßte sich also, um auf Tauschrechte übertragbar zu sein, in jedem Tauschvertrag auf beide Vertragsleistungen anwenden lassen. Es müßte der Einheit des Tauschvertrages dienen, oder zum mindesten sie nicht zerstören. Das Recht der Vormerkung aber ist ein ausgesprochen einseitiges Recht: Nur ein Kontrahent hat eine Verpflichtung und nur einer hat eine Berechtigung. Seine innere Konstruktion ist darum so vollständig verschieden vom normalen Kauf- bezw. Tauschvertrag, daß wir für die erste der aufgeworfenen Fragen zu folgendem Schluß gelangen:

Ein Vortauschrecht läßt sich, nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit, beliebig begründen. Der Vertrag wirkt aber nur obligatorisch; Verdinglichung des Rechtes durch Vormerkung im Grundbuch ist nicht möglich. Bei Pflichtverletzung des Vortauschverpflichteten hat der Vortauschberechtigte keine Möglichkeit, das Grundstück einem Dritten abzufordern. Er ist auf die Schadenersatzklage gegen den fehlbaren Vertragskontrahenten angewiesen.

2. Die zweite Frage, die sich für den Tausch ergibt, ist die Auslegung des Begriffes „Vorkaufsrecht", d. h. die Frage, ob es im engern Sinne als Vorrecht bei sämtlichen Veräußerungsverträgen, also den Tausch inbegriffen, aufgefaßt werden soll. Sprachlich schaffen ZGB und OR hier einige Unsicherheit, indem sie die

Begriffe Kauf, Verkauf und Veräußerung nicht durchgängig im gleichen Sinne anwenden. Ihr Umfang muß für jeden einzelnen Artikel, in dem sie vorkommen, aus der systematischen Stellung und seinem gesetzgeberischen Zwecke heraus besonders bestimmt werden. Auch bei den dinglichen Rechten (ZGB Art. 681 ff.) herrscht diese Begriffsvermischung und schafft Unklarheit in der Auslegung. Im ZGB gehören die Marginalen zum Gesetzestext und sind bei Auslegung des Textes zu berücksichtigen. Es darf nicht nur vom Marginale ausgehend auf den Inhalt der Artikel geschlossen werden, sondern umgekehrt auch ausgehend vom Gesetzestext zur Erläuterung und Auslegung das Marginale zu Hilfe gezogen werden.

Die Art. 681/2 haben den Untertitel „Vorkauf". Er betrifft die Beziehungen zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Vorkaufsberechtigten und legt diese dahin fest, daß der letztere sowohl bei Miteigentum als bei einem vertraglichen Vorkaufsrecht nur mit einem Kaufe in das Vertragsverhältnis mit dem Dritten eintreten darf. Art. 681 handelt vom Vorkaufsrecht auf Grund einer Vormerkung. Es besteht zu den vorgemerkten oder zu den Bedingungen, zu denen das Grundstück an den Dritten verkauft worden ist, und kommt ausdrücklich nur bei Verkauf zur Anwendung. Der Verkäufer hat den Vorkaufsberechtigten von einem Verkaufe in Kenntnis zu setzen. — Art. 682 heißt: „Miteigentümer haben ein Vorkaufsrecht gegenüber einem jeden Nichteigentümer, der einen Anteil erwirbt." Hier wird das Verhältnis des Grundeigentümers zum Dritten, im Gegensatz zu Art. 681, der von Verkauf redet, Erwerb genannt. Diese Abweichung, in Verbindung mit dem Obertitel des Abschnittes („Veräußerungsbeschränkungen"), deutet darauf hin, daß hier unter Veräußerung nicht nur Verkauf, sondern der Sammelname für sämtliche rechtsgeschäft-

lichen Eigentumsübertragungen gemeint ist, und daß die Begriffe nicht beidemal dasselbe besagen wollen.

Ein vorkaufsberechtigter Miteigentümer kann ohne weiteres einen Grundstückanteil zu Eigentum an sich ziehen, wenn ein Dritter diesen Anteil erworben hat. Vor allem darf er auch in einen Tausch eintreten.

Andere, privatwirtschaftliche Erwägungen sind maßgebend bei der Auslegung des vertraglichen Vorkaufsrechtes (ZGB Art. 681). Durch dieses Recht werden nicht allgemeine Interessen verfolgt, sondern dem Einzelnen werden private, persönliche Vorteile gesichert. Sie enthalten einerseits die Sicherung der Gewinnchancen für den Berechtigten bei einem event. Verkauf durch Vormerkung eines Vorkaufsrechtes zu einem bestimmten Preise, dienen also der Spekulation, anderseits die Möglichkeit des Ausschlusses Dritter vom Erwerb eines Grundstückes im Falle des Verkaufes. Diese privaten Zwecke rechtfertigen keine Sicherung des Rechtes von Gesetzes wegen. Sie müssen vertraglich statuiert werden und wirken ohne Eintrag nur gegen die Beteiligten. Die Wirkung dieses Rechtes ist weniger groß als diejenige des Miteigentümervorkaufsrechtes. Sie wird gerechtfertigt durch die große Beschränkung der Vertragsfreiheit für den Verpflichteten und kann ihm auch materiell großen Nachteil bringen. Schon aus diesem Grunde ist eine streng wörtliche, einschränkende Interpretation der betreffenden Gesetzesartikel am Platze. Es ergibt sich also, daß nach Art. 681 ZGB das vertragliche Vorkaufsrecht nur bei einem Kaufe und, falls nichts anderes abgemacht ist, nur mit einem Kaufe ausgeübt werden kann[1]).

[1]) Ebenso Leemann, zu Art. 681 ZGB, Nr. 16; Wieland, zu Art. 681; Simonius, ZschwR 61, 312; Huber, Erläuterungen S. 97; vgl. auch Guhl, Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung.
a. A. Allgäuer, Vorkaufs-, Rückkauf- und Kaufsrecht, S. 127, ff.

Beim Eintritt in einen Tausch ist der Kaufpreis auf Grund eines allgemeinen Verkehrswertes der Tauschgegenstände aufzustellen. Haben das vorkaufsbelastete Grundstück und die Gegenleistung des Dritten ungleichen Wert, d. h. wurde ein echter Tausch abgeschlossen ohne kaufmännisch genaue Bewertung, so erhebt sich die Frage, nach welcher Leistung sich der Kaufpreis zu richten hat. Es sind zwei Möglichkeiten vorhanden:

1. Die Gegenleistung des Dritten ist Fahrnis.
2. Die Gegenleistung ist ein Grundstück.

1. Ist die Gegenleistung eine Fahrnis, so ist es zweifellos, daß der Vorkaufsberechtigte zu den vertraglich abgemachten Bedingungen einzutreten hat. Er muß entweder direkt die Gattungssache liefern oder den Preis entrichten, für den sie auf dem Markte erhältlich ist. Analog ist zu entscheiden, wenn diese Gegenleistung eine individuelle Sache ist: der objektive Wert der individuellen Gegenleistung ist maßgebend. Der Vorkaufsverpflichtete soll durch Ausübung des Vorkaufsrechtes möglichst gleich gestellt werden wie im Vertrag mit dem Dritten. Eine Ausnahme muß gemacht werden können, wenn die Tauschgegenstände derart ungleichwertig sind, daß der Dritte mit dem Tausch ein sehr gutes Geschäft gemacht hätte, also da, wo die Gegenleistung des Dritten verhältnismäßig klein ist und der Vorkaufsberechtigte ungerechtfertigterweise sehr billig zu dem Grundstückanteil käme. Da soll der Vorkaufsberechtigte einen Kaufpreis zu zahlen haben, der dem Verkehrswert des Grundstückes, das er erhält, entspricht. Er soll keinen Vorteil ziehen können aus dem persönlichen Verhältnis zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten.

2. Werden auf beiden Seiten Grundstücke ausgetauscht, so soll der Verpflichtete, der durch das Vorkaufsrecht in seiner Vertragsfreiheit beschränkt

wird, durch dessen Ausübung keinen materiellen Schaden erleiden. Der eintrittsberechtigte Käufer hat denjenigen Preis zu zahlen, mit welchem im Wirtschaftsverkehr das wertvollere der beiden Tauschgrundstücke zu kaufen wäre.

II.

Eine wichtige Bestimmung über den Grundstückkauf enthält auch OR Art. 218 betr. den Weiterverkauf von landwirtschaftlichen Gewerben. Mit diesem Artikel ist den Kantonen ein Mittel gegeben, um der Güterschlächterei zu steuern[1]). Dürfen oder müssen diese Bestimmungen, die im OR nur betreffend den Kauf aufgestellt sind, auch auf den Tausch angewendet werden? Bei der Lösung dieser Frage können folgende Erwägungen wegleitend sein:

1. Der Artikel soll verhindern, daß der schweizerische Grundbesitz sich allzu sehr verstückele, weil volkswirtschaftlich ganz kleine landwirtschaftliche Gewerbe unrentabel sind. Ferner sollen nicht durch Spekulation und damit verbundenen gesteigerten Eigentümerwechsel die Bodenpreise für die Landwirtschaft in die Höhe getrieben werden. Die Maßnahme wurde ergriffen, um die Lage des schweizerischen Bauernstandes, speziell des Klein- und Mittelbauern, zu verbessern.

2. Die Einschränkung der Güterzerstückelung und des Güterhandels ist ein starker Eingriff in die private Rechtssphäre, die sich nicht in allen Gegenden des Landes rechtfertigen würde. Die Kantone sind frei, nach Gutdünken Bestimmungen zu erlassen. Der eidg. Gesetzgeber setzt nur die oberste Grenze der Einschränkungen fest:

[1]) Davon haben Gebrauch gemacht: Bern EG zu ZGB Art. 135; Luzern EG § 123; Zug EG § 158; Solothurn EG § 322; Schaffhausen EG Art. 138; Appenzell A.-Rh. EG Art. 185; Appenzell I.-Rh. EG Art. 186; St. Gallen EG Art. 152 u. 153; Graubünden EG Art. 102; Aargau EG zum OR § 4.

a) eine Höchstdauer des Verbotes für stückweisen Weiterverkauf von fünf Jahren (Abs. 1).

b) Nichtanwendbarkeit auf Baugebiet, auf vormundschaftlich und konkursamtlich verwaltete Grundstücke (Abs. 2).

c) Möglichkeit anderer Ausnahmen bei Vorliegen wichtiger Gründe (Abs. 3). Die Bestimmungen sollen also auf ein Minimum zurückgehalten werden und bezwecken nur die Hemmung des Güterhandels und des damit verbundenen Wuchers.

Im Vergleich zum Grundstückkauf und -verkauf ist der Grundstücktausch ein seltenes Geschäft. Die Gefahr der Verkleinerung von Gewerben liegt dann vor, wenn ein Grundstück gegen ein Nichtgrundstück getauscht wird. Meistens aber wird Grundstück gegen Grundstück getauscht, wobei die Gefahr der Güterschlächterei nicht so groß ist. Ein Tausch kann nicht zu Spekulationen dienen und die Güterpreise in die Höhe treiben, weil dabei Geld und Geldpreise ausgeschaltet sind. Durch einen Tausch kann auch nicht die momentane finanzielle schlimme Lage des einen Kontrahenten dem andern einen Wuchergewinn eintreiben.

Die Frage, ob bei einer Gesetzgebung betr. Einschränkung des Handels mit landwirtschaftlichen Gütern die Kantone den Grundstücktausch mit einbeziehen müssen, kann also verneint werden. Jede Bestimmung des Artikels deutet darauf hin, daß sie sich strenge an dessen Wortlaut zu halten haben. Unter die Begriffe Kauf, Verkauf, Weiterverkauf muß der Tausch nicht mit einbezogen werden. Man darf sogar noch weitergehen und behaupten, daß die Kantone in eine Regelung der Güterschlächterei den Tausch nicht mit einbeziehen dürfen. Eine vom Bund an die Kantone delegierte Gesetzgebungsbefugnis darf von den Kantonen nicht überschritten werden. Art. 218 OR

nennt nur den Kauf. Die analoge Anwendung auf den Tausch würde sich nicht begründen lassen. Wo die Kantone dies dennoch tun, haben sie ihre Befugnis überschritten[1])[2]).

III.

Es bleibt noch übrig, die Anwendung des Art. 219 OR beim Tausch und die Gewährleistung betr. das Maß eines Grundstückes zu erörtern. Der Artikel ist eine Ergänzung der Grundsätze über die Gewährleistung für Mängel der Kaufsache (Art. 197 ff). Es finden sich dort keine Bestimmungen betr. Quantität einer gekauften Sache. Bei Fahrnis ist es selbstverständlich, daß der Verkäufer für das volle Quantum, das im Vertrage abgemacht ist, haftet. Bei Grundstücken liegen die Verhältnisse anders. Ein Grundstück kann ohne Maßangabe als individuelle Sache verkauft werden, auch wenn im Grundbuch eine Maßangabe vorhanden ist. Der Verkäufer haftet für dieses Maß nur dann, wenn er die Gewährleistung ausdrücklich übernommen hat. Dieser Grundsatz kann auch auf den Tausch übertragen werden. Es würde sich da noch weniger als beim Kaufe rechtfertigen, dem Veräußerer ohne besondere Vereinbarung die Gewährleistung für ein Maß zu überbinden, da beim reinen Tausch nicht Quantitäten, sondern individuelle Sachen getauscht werden.

---

[1]) Von den die Güterschlächterei verbietenden Kantonen erwähnen nur den Kauf: Schaffhausen EG Art. 138; Appenzell A.-Rh. EG Art. 185; Appenzell I.-Rh. EG Art. 186.

Ausdrücklich Kauf und Tausch erwähnen die Kantone: Bern EG § 135; Luzern EG § 123; Solothurn EG § 322; Graubünden EG Art. 102; Aargau EG zum OR § 4.

Unbestimmt EG des Kantons Zug § 158, das von „Veräußerung" spricht und EG des Kantons St. Gallen Art. 153, das „Rechtsgeschäfte zur Umgehung der Bestimmungen über die Güterschlächterei" ungültig erklärt.

[2]) a. A. Studer, Güterschlächterei S. 96.

Strenger als für ein im Grundbuch angegebenes Maß haftet ein Verkäufer für ein im Kaufvertrag angeführtes Maß. Ist das Grundstück kleiner als dort angegeben, so kann zwar nicht „Nachlieferung" verlangt werden; der Verkäufer hat, mangels anderen Vorbehaltes, dem Käufer hiefür Ersatz in Geld zu leisten. Die Praxis ist hier in einigen Punkten noch unsicher. Wird im Vertrag ausdrücklich ein bestimmtes Maß angegeben, so haftet der Verkäufer. Desgleichen wird auch ein Tauschveräußerer haften. Doch ist nicht Ersatz in Geld die einzige Möglichkeit der Reparation, der geschädigte Tauschkontrahent hat hier noch die Möglichkeit des Rücktrittes vom Vertrag.

Es kommt vor, daß in einem Vertrag eine Maßangabe nur so nebenbei, als Anhaltspunkt zur näheren Bezeichnung der Grenzen gemacht ist. Für den Kauf ist es fraglich, ob eine Gewährleistung für dieses Maß eintritt. Beim Tausche ist diese Frage bestimmt zu verneinen, denn jede Haftung für ein Maß ist gegenüber dem Kaufe abzuschwächen. Das gleiche gilt, wenn im Vertrag ein Zirkamaß angegeben ist. Kleinere Abweichungen haben keine Bedeutung. Wie groß die Abweichung sein darf, bestimmt sich nach den Umständen, d. h. ob es sich um wertvolles oder weniger wertvolles Land handelt, ob es ein Tausch- oder ein Kaufvertrag ist. Beim Tausch dürfen die Abweichungen im Verhältnis zum Kauf in allen Fällen etwas größer sein.

Allgemein kann von Art. 219 (Abs. 1 u 2)[1]) gesagt werden, daß er für den Tausch milder zu handhaben ist und zwar zugunsten des Grundstückveräußerers. Es ist stets in Betracht zu ziehen, daß beim Tausch normalerweise das Sachindividuum und nicht seine Quantität im Vordergrund steht.

---

[1]) Abs. 3 bleibt auch für den Tausch unverändert.

§ 16. Der Tausch im kaufmännischen Verkehr.

Das schweizerische Privatrecht hat die Eigentümlichkeit, daß das Handelsrecht mit dem allgemeinen Obligationenrecht enge verbunden ist. Nur durch einige Ausnahmebestimmungen wird das Recht des bürgerlichen Verkehrs dem Handelsverkehr angepaßt. Das Gesetz kennzeichnet diese Bestimmungen durch den Begriff „kaufmännischer Verkehr". Ihre besondern Auswirkungen sind:

1. Prompte Erfüllung[1]) besonders in zeitlicher Beziehung, verstärkte Vertragssicherheit und größere Schnelligkeit in der Abwicklung der Geschäfte.[2])

2. Erhöhte Vertragsfreiheit einerseits[3]), anderseits strengere rechtliche Formen.[4])

3. Rechtliche Anerkennung von Geschäftsübungen.

Die aufgezählten Merkmale können prinzipiell auch auf den Tausch angewendet werden, ohne sein Wesen zu verändern. Die Frage ist nur, ob auch die für den Handelskauf gegebenen rechtlichen Voraussetzungen für den Tausch Gültigkeit haben. Der kaufmännische Tausch ist in der Wissenschaft nirgends gründlich erörtert. Ueber die Voraussetzungen des Handelskaufes stehen sich verschiedene Ansichten gegenüber; dennoch soll versucht werden, aus ihnen die Grundsätze für den Tausch im kaufmännischen Verkehr abzuleiten.

Damit ein Kauf unter die besondern Bestimmungen über den kaufmännischen Verkehr fällt, muß ihm ein bestimmter Zweck innewohnen: Die Gewinnerzielung.

---

[1]) Becker, Komm. zu Art. 190, Nr. 3.
[2]) Oser, Komm. zu Art. 190, I, 3 a.
[3]) z. B. bei Bestimmung der Gegenleistung hinsichtlich ihres objektiven Wertes, verminderte Anwendbarkeit des Art. 21 OR betr. Uebervorteilung.
[4]) Wechselrecht.

Bloch[1]) sieht die Voraussetzungen für den kaufmännischen Verkehr im Umsatz von Waren oder andern Gegenständen in Spekulationsabsicht. Oser[2]) verlangt Kauf zum Zwecke des Wiederverkaufs. Aehnlich Becker[3]), der den Handelskauf negativ umschreibt: „Er geschieht nicht zum eigenen Bedarf, also nicht an den Konsumenten".[4]) — Alle diese Zweckbestimmungen lassen sich vom Kauf auf den Tausch übertragen, denn sie sind begründet im Willen der Parteien und nicht in der Art der Waren oder in den Formen der Veräußerung.

Meinungsverschiedenheiten herrschen darüber, ob unter Kaufleuten eine Veräußerung, die sich nicht auf Waren ihres speziellen Geschäftskreises bezieht, dennoch dem kaufmännischen Verkehr unterliege. Diese Frage ist auch für den Tausch wichtig: Ein Kaufmann wird zwar in der Hauptsache Käufe und Verkäufe, jedoch gelegentlich auch einen Tauschvertrag abschließen. Es ist dann fraglich, ob ein solcher Tausch unter die Regeln des kaufmännischen Verkehrs fallen soll.

Oser[5]) geht davon aus, daß unter kaufmännischem Verkehr die Abwicklung der Geschäfte zu verstehen ist, wie sie typisch zwischen Kaufleuten stattfindet. Unwesentlich, ob ein Kaufmann oder ein Privater das Geschäft abschließt, sofern nur dessen Art oder spezifische Eigenschaft auf den kaufmännischen Verkehr hinweist. Nicht zum kaufmännischen Verkehr gehört nach Oser eine Veräußerung selbst unter Kaufleuten, wenn sie sich nicht auf Handelswaren ihres Geschäftsverkehrs bezieht. — Oser grenzt hier den Bereich des kaufmännischen Verkehrs zu eng ab. Gelegentliche Geschäfte eines Kaufmanns, die nicht seinen beson-

[1]) Bloch, Kaufmann und kaufmännischer Verkehr. S. 43.
[2]) Oser, Komm. zu Art. 190, II, 1.
[3]) Becker, Komm. zu Art. 190, Nr. 3.
[4]) Oser zu Art. 190, I, 3 b.
[5]) Oser zu Art. 190, II; ähnlich Hafner, Komm. zu Art. 234 a OR.

deren Geschäftszweig betreffen, würden damit nicht unter die Regeln des kaufmännischen Verkehrs fallen. Diese Auffassung widerspricht der Freiheit des Handelsverkehrs.

Eine entgegengesetzte Ansicht vertritt Bloch.[1]) Er ist der Meinung, daß zwischen Kaufleuten der kaufmännische Verkehr zu vermuten ist, selbst dann, wenn es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, das nicht zu ihrem regelmäßigen Geschäftsbetrieb gehört. Er nennt das Beispiel eines Seifenfabrikanten, der eine Uhr von einem Pferdehändler kauft.[2]) — Bloch meint das Richtige, aber seine Formulierung ist zu schroff. Nicht immer, wenn zwei Kaufleute miteinander über Waren handeln, die außerhalb des ordentlichen Geschäftsbetriebes liegen, ist kaufmännischer Verkehr zu vermuten.

Das richtige Kriterium stellt Becker auf[3]): „Nicht jeder Verkehr unter Kaufleuten, sondern nur der Handelsverkehr untersteht den besondern Bestimmungen über den kaufmännischen Verkehr. Entscheidend ist, ob er nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Parteien von den gleichen Geschäftsgrundsätzen beherrscht sein soll, wie der unter Kaufleuten übliche Verkehr.“ Bei dieser Formulierung der Voraussetzungen des kaufmännischen Verkehrs ist die Vertragsart unwesentlich. Es kann ebensowohl Tausch wie Kauf sein.[4]) Auch ohne ausdrück-

[1]) a. a. O. S. 41: „Bei allen Rechtsgeschäften eines Kaufmanns spricht die Vermutung dafür, daß ein Geschäft des kaufmännischen Verkehrs vorhanden sei.“

[2]) Das Beispiel ist nicht günstig gewählt; zum Handelsgeschäft gehört der Erwerb zum Zwecke der Wiederveräußerung in Gewinnabsicht. Es muß sich also zum mindesten um eine Uhr handeln, die der Seifenfabrikant nicht persönlich benützen kann, oder um einen Posten Uhren.

[3]) Becker, Komm. zu Art. 190, Nr. 3.

[4]) Ebenso für das deutsche Recht: Endemann, Handelsrecht, S. 449: „Der Tauschvertrag ist unter gleichen Voraussetzungen Handelsgeschäft wie der Kauf.“

liche Abmachung der Parteien kann vermutet werden, daß ein Tausch unter Art. 190 OR falle, wenn dies aus dem stillschweigenden Willen der Parteien hervorgeht. Dieser stillschweigende Wille wird daran erkannt, daß die Kontrahenten als Kaufleute auftreten. Tun sie das, so unterliegen ihre Rechtsgeschäfte, seien sie Kauf oder Tausch, dem kaufmännischen Verkehr. Bei Nichtkaufleuten braucht es einer ausdrücklichen Abmachung, um den Tausch den Handelsregeln zu unterstellen.

Im kaufmännischen Verkehr muß der Tausch, ohne dadurch zu einer Unterart des Kaufes zu werden, einiges von seiner Eigenart einbüßen. Anders im bürgerlichen Verkehr, wo die Kaufsnormen dem Tausche möglichst angepaßt werden können, wie dies im Tauschartikel 237 durch das Wort „entsprechend" vorgeschrieben ist. Für den Handelsverkehr kann diese entsprechende Anwendung nur in beschränktem Umfange gelten. Seine Grundsätze sind durch den wirtschaftlichen Zusammenhang der Rechtsgeschäfte bestimmt. Der Handel braucht eine straffe, zuverlässige Rechtsordnung, die dennoch eine große Beweglichkeit ermöglicht.

Die Unterstellung des Tausches unter den kaufmännischen Verkehr bewirkt, daß die zeitliche Erfüllung größere Bedeutung und Sicherheit erhält. Er wird zu einem Glied in der Kette der Produktions- und Konsumtionsgeschäfte; von seiner prompten zeitlichen Erfüllung hängt der Gewinn oder der Verlust des tauschenden Kaufmanns ab. Art. 190 ist der wichtigste Artikel des kaufmännischen Verkehrs. Absatz 1 lautet: „Ist im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Lieferungstermin verabredet und kommt der Verkäufer in Verzug, so wird vermutet, daß der Käufer auf die Lieferung verzichte und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruche." Ein Lieferungstermin kann beim Tausche entweder nur für eine der beiden gegen-

seitigen Leistungen oder aber für beide verabredet sein. Sind Termine für beide Leistungen vorgesehen, so können sie zusammen- oder auseinanderfallen. Es ergibt sich daher, daß durch den kaufmännischen Verkehr, analog zum Kaufe, die Selbständigkeit der beiden Leistungen an sich erhöht wird. Der Zug um Zug-Charakter des Geschäftes wird abgeschwächt. Die obligatorische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung befestigt sich auf Kosten der dinglichen und konditionalen Verknüpfung.

Die Verzugsbestimmung des Art. 190 im kaufmännischen Verkehr ist ein Spezialfall des in Art. 107 ff. geordneten Verzuges. Wie beim Fixgeschäft des Art. 108 ist auch hier die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung nicht erforderlich. Im Unterschied zu Art. 107 wird vermutet, daß der Leistungsgläubiger nach Ablauf des Stichtages keine Lieferung mehr wolle, sondern darauf verzichte und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlange. Soll diese Vermutung nicht Platz greifen, sondern will der Gläubiger noch Lieferung verlangen, so ist dem Leistungsschuldner sofort nach dem Stichtag Anzeige zu machen. – Diese Regelung läßt sich auf den Tausch anwenden. Wird die eine oder die andere Leistung nicht auf den bestimmten Termin erfüllt, so stehen beiden Parteien die gleichen Rechte zu; sie können auf die Lieferung verzichten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Im kaufmännischen Tauschverkehr ist es möglich, daß beide Parteien in Verzug kommen. Dann spricht für beide die Vermutung des Art. 190, wonach sie auf die Lieferung verzichten und auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung klagen können. Die Vermutung des Verzichts auf die Leistung unter Umwandlung der Obligation in Schadenersatz ist für den Kauf das Natürliche. Es kommt, besonders im kaufmännischen Verkehr, nicht auf die Individualität einer Sache an,

sondern auf die Gewinnmöglichkeit, die sie bietet. Das gleiche muß für den kaufmännischen Tausch gelten, der dadurch von seiner Gestalt im bürgerlichen Verkehr eine Abweichung erfährt. Für die durch Tausch umgesetzte Ware ist das positive Vertragsinteresse in gleichem Sinne festzustellen wie beim Kauf. Durch diese dem Kauf analoge Schadensberechnung verlieren die Tauschgegenstände zum Teil ihre Eigenart als individuelle Gebrauchsgüter. Sie werden aus ihrer gegenseitigen Bedingtheit losgelöst, und jeder Schadenersatzanspruch wird der rechnerischen Genauigkeit wegen einzeln aufgestellt. — Will ein Sachgläubiger trotz Ablauf des Termins die nachträgliche Lieferung verlangen, so hat er es dem Vertragsgegner sofort anzuzeigen. Diesem seinerseits steht es frei, die ihm versprochene Sache sofort nachzuverlangen oder auf die Lieferung zu verzichten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen.

Für den Tausch wird sich allerdings die Schadensberechnung schwieriger gestalten als für den Kauf. Die gesetzlichen Bestimmungen über den Preis sind hier die einzigen festen Anhaltspunkte. Ein Kaufmann wird auch als Tauschkontrahent nicht ganz subjektiv werten. Wenn schon für den auszutauschenden Gegenstand äußerlich kein Preis ausgesetzt wird, so macht doch jede Partei für sich einen summarischen Wertanschlag und richtet sich dabei nach gleichen oder ähnlichen Tauschgeschäften anderer. Schon im bürgerlichen Tausch wird in der Regel zwischen den beiden Leistungen ungefähr das wirtschaftliche Gleichgewicht vorhanden sein. Beim Handelstausch ist das in vermehrtem Maß der Fall.

Nach Art. 191 muß ein Verkäufer, der seiner Vertragspflicht, gleichgültig aus welchem Grunde, nicht nachkommt, dem Käufer den ihm daraus entstandenen Schaden ersetzen. Im kaufmännischen Verkehr kann

er die Differenz zwischen dem vertraglichen Kaufpreis und dem Preis, um den er sich einen Ersatz für die nicht gelieferte Sache in guten Treuen erworben hat, geltend machen. Dies bedeutet für den Tausch: Der Leistungsgläubiger, dem nicht rechtzeitig geliefert wird, und der nach Art. 190 Abs. 1 auf die nachträgliche Lieferung verzichtet, muß sich, um seinerseits in andern Verträgen prompt liefern zu können, Ersatz für die ausgefallene Tauschsache verschaffen. Da er auch mit der Zeit zu rechnen hat, wird er nicht warten können, bis sich ihm wieder eine günstige passende Tauschgelegenheit bietet. Er ist gezwungen, einen Ersatzkauf abzuschließen, um die gewünschte Ware sofort zu erhalten. Seinem Tauschkontrahenten kann er jedoch nicht einen Vertragspreis gegen den Preis für den Lieferungsersatz anrechnen und die Differenz geltend machen, da er ihm Ware liefern muß. Er kann also als Schadenersatz wegen Nichterfüllung den ganzen Ersatzpreis beanspruchen, unter der Voraussetzung, daß er auch beim Einkauf des Ersatzes in guten Treuen handelt. Daß er sehr günstig kauft, kann von ihm nicht erwartet werden. Er muß die Ware so nehmen, wie sie zur Zeit und am Orte, wo er sie haben muß, angeboten wird.

Im kaufmännischen Verkehr kann beim Handel mit Waren mit Markt- oder Börsenpreis der Schadenersatz für Nichterfüllung abstrakt berechnet werden; ohne Anschaffung des Ersatzes kann der Schadenersatz in der Höhe der Differenz zwischen dem Kaufvertragspreise und dem Preise zur Zeit der Erfüllung verlangt werden. Ist diese abstrakte Schadensberechnung auch beim Tausch möglich? Es ist oben[1]) dargelegt worden, daß alles, was Gegenstand eines Kaufvertrages sein kann, auch als Gegenstand eines Tauschvertrages in Betracht kommt. Daraus folgt, daß der Verzugsschaden

[1]) S. 33 ff.

aus einem solchen Tauschvertrag abstrakt berechnet werden kann. Die dingliche Wirkung wird hier ausgeschaltet, der Ersatz braucht nicht angeschafft zu werden. Es wird die Differenz zwischen dem Markt- und Börsenpreise zur Zeit des Abschlusses des Tauschvertrages und dem Preise zur Erfüllungszeit angesetzt. Nach kaufmännischen Grundsätzen ist das die einzig richtige Berechnungsart. Rechtlich aber erhebt sich die Frage, ob durch die Einsetzung der Markt- und Börsenpreise in den Tauschvertrag dieser nicht in einen Kaufvertrag umgewandelt wird. Wie beim Kauf, muß es auch beim Tausch möglich sein, den Ausfall einer Leistung durch ein Surrogat zu ersetzen. Surrogat jeder Leistung ist Geld, vor allem im kaufmännischen Verkehr. Gegen die Annahme einer Umwandelung in einen Kaufvertrag spricht der Umstand, daß zur Begründung (auch eine Umwandelung ist eine Neubegründung) eines Vertrages Konsens der Parteien nötig ist; hier würde sie nur durch die einseitig vorgenommene Art der Schadensberechnung geschehen. Ferner besteht die andere Vertragsleistung weiterhin als Tauschleistung zu Recht, sofern sie richtig erfüllt wurde und nicht auch eine Schadensberechnung nach Art. 191 Abs. 3 eingetreten ist. Im letztern Falle wäre allerdings faktisch das Ganze nur noch ein Kaufvertrag. Im allgemeinen jedoch muß angenommen werden, daß eine Tauschleistung durch Geld ersetzt werden kann, ohne daß dadurch die ursprüngliche Natur des Vertrages geändert wird.

Es bleibt noch die Frage, ob die Uebungen, die sich im kaufmännischen Geschäftsverkehr herausgebildet haben, auch beim Tausche vorkommen können. Dabei ist zweierlei zu unterscheiden. Einerseits ist es denkbar, daß der Tauschvertrag selbst Geschäftsgebräuche herausbildet, die in Handelskreisen im Verkehr tatsächlich beobachtet werden. Es erscheint selbstver-

ständlich, daß solche Tauschusancen unter den gleichen Umständen wie Kaufusancen auch formell anerkannt werden müssen.

Anderseits hat der Handelskauf spezielle Uebungen herausgebildet. Sie sind hier Mittel zur Auslegung, ausnahmsweise Mittel zur Ergänzung eines Kaufvertrages.[1]) Das Kaufsrecht weist an verschiedenen Stellen darauf hin, so in den Art. 184 Abs. 2, 201 Abs. 2, 211 Abs. 2, 212 Abs. 3 und 213 Abs. 2. Diese Uebungen beziehen sich entweder auf bestimmte Handelsartikel, die gewöhnlich durch Kauf umgesetzt werden, oder aber auf das Vertragsverhältnis, auf die Stellung der beiden Leistungen oder der Kontrahenten zu einander. Erstere dürfen beim Tausche geltend gemacht werden, letztere nicht.

So bestimmt Art. 184 Abs. 2, daß, sofern nicht Vereinbarung oder Uebung entgegenstehen, Verkäufer und Käufer ihre Leistungen Zug um Zug zu erfüllen haben. Eine solche Kaufsübung darf bei einem Tausche nicht geltend gemacht werden. Er bleibt Zug um Zug-Geschäft und kann im einzelnen Falle nur durch Vereinbarung abgeändert werden. Dasselbe gilt für die Kaufsübungen der Art. 201 Abs. 2 (Untersuchung und Mängelrüge bei der empfangenen Kaufsache) und Art. 211 Abs. 2 (Empfangnahme der Kaufsache).

Anderer Art als die eben erwähnten sind die in Art. 212 Abs. 3 vorbehaltenen Uebungen über Gewichtsbestimmungen von Handelsware. Der Wortlaut des Artikels, wie auch das Marginale, gehen allerdings dahin, daß die Gewichtsangaben wegen der Preisberechnung geregelt werden. Danach müßte er für den Tausch außer Betracht fallen. Gewichtsangaben, Verpackung und dgl. sind aber nicht nur wichtig für die Preisbestimmung, in vielen Fällen ist die Quantität

[1]) Becker Komm. zu Art. 18, Nr. 12—14.

an sich von Bedeutung.[1]) Da gibt der Art. 212 Abs. 2 dem Kaufmann die allgemeinen Richtlinien, und Abs. 3 verweist ihn auf die besonderen Uebungen, sei es für Kauf oder für Tausch.

Gar nicht anwendbar auf den Tausch ist eine Uebung nach Art. 213, Abs. 2 betr. die Verzinsung des fälligen Kaufpreises.

§ 17. Die besondern Arten des Kaufes und ihre Uebertragung auf den Tausch.

Im vierten Abschnitt des Kaufrechtes werden einige besondere Arten des Kaufes normiert. Der Vollständigkeit halber soll hier untersucht werden, ob und wie sich diese Kaufsvariationen auf den Tausch übertragen lassen.

1. Kauf nach Muster (Art. 222).

Beim Kauf nach Muster wird nicht die ganze zu liefernde Sache geprüft, sondern nur ein kleiner Teil, unter der Vereinbarung, daß das ganze zu liefernde Quantum dem Muster entspreche. Durch einen Kauf nach Muster wird also eine Ware als Gattungsware geliefert. Gattungsware kann auch Tauschgegenstand sein, wie alles, was Gegenstand des Kaufvertrages sein kann. Die Ausscheidung und Hingabe eines Musters betrifft nicht die Beziehungen der beiden Vertragsgegenstände zu einander, noch die Stellung der Kontrahenten. Sie ist nur eine besondere Art der Bestimmung des Vertragsgegenstandes. Dies hat mit den typischen rechtlichen Auswirkungen des Kaufes wie des Tausches keinen Zusammenhang. Bei einem

[1]) Wenn z. B. im Getreidehandel die Uebung besteht, „Sack für Ware" zu handeln, so ist dies sowohl für Kaufs- wie für Tauschparteien von Bedeutung.
Vgl. für den Kauf: Oser, Komm. zu Art. 212.

Kauf kann ein Muster nur auf einer Seite gegeben werden, beim Tausche ist dies auf beiden Seiten möglich, jedoch nicht notwendig. Art. 222 kann in allen seinen Bestimmungen und Auswirkungen ohne Schwierigkeiten auf beide Parteien oder auch nur auf eine Vertragsseite angewendet werden.

2. Kauf auf Probe oder auf Besicht (Art. 223—225).

Ein Kauf auf Probe hat die Eigentümlichkeit, daß er den Verkäufer fest bindet, dem Käufer hingegen die volle Freiheit läßt, den Vertrag abzuschließen oder nicht. Sein Belieben hängt nicht von der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes ab; er braucht sein Nichteintreten auf den Vertrag nicht näher zu begründen. Der Kauf auf Probe enthält einfach eine Potestativbedingung: nimmt der Berechtigte nicht an, so fällt das ganze Vertragsverhältnis dahin.

Die Bestimmungen über den Kauf auf Probe sind auch auf die andern Veräußerungsverträge entsprechend anwendbar, auf den Tausch wenigstens dann, wenn die Bedingung der Probe oder des Besichts nur auf einer Vertragsseite gemacht wird. Etwas eigentümlich wird die rechtliche Lage, wenn beidseitig auf Probe oder auf Besicht getauscht wird. Die Parteien sind dann in bezug auf die zu liefernde Sache fest gebunden, während sie in der Annahme der Tauschsache frei sind. Ein derartiger Probetausch ist jedoch rechtlich kein Tausch. Er hinkt auf beiden Seiten, solange beide Verpflichtungsgeschäfte potestativ bedingt sind. Ob zuletzt doch ein Tauschvertrag zustande kommt, ist Zufall. Genehmigen beide Kontrahenten die ihnen auf Probe gegebene Sache, so ist der Tauschvertrag zustande gekommen. Genehmigt keiner der Kontrahenten, so sind sie von ihrer Offerte befreit, und es kommt kein Vertrag zustande.

Was aber, wenn ein Kontrahent die ihm übergebene Sache definitiv behalten will und der andere nicht? Hält man daran fest, daß der Tausch ein absolut einheitlicher Vertrag ist und die beiden Leistungen dinglich so fest mit einander verknüpft sind, daß die eine nicht ohne die andere existiert, so muß auch hier angenommen werden, daß kein Vertrag zustande gekommen ist, trotz der vollständigen Einigung beider Parteien inbezug auf ein Vertragsobjekt. Zum Zustandekommen eines Tauschvertrages müssen zwei Bedingungen erfüllt sein: Die erste Partei muß die Probesache definitiv annehmen, und die andere Partei muß sich zur Annahme der andern Sache verpflichten. Trifft nicht beides ein, so kommt kein Tausch zustande. Für die eine konvenierende Sache kann es sich höchstens noch darum handeln, ob durch vollständig neue Willensbildung der Parteien ein Kaufvertrag zustande gekommen ist. — Betreffend der übrigen Ausgestaltung des Institutes kann auf den Kauf verwiesen werden.

3. Das Abzahlungsgeschäft (Art. 226—228).

Die Voraussetzungen des Abzahlungsgeschäftes sind:

1. Ein Kauf oder ein anderes Veräußerungsgeschäft.
2. Als Gegenstand der Veräußerung eine bewegliche Sache.
3. Uebergabe vor Lieferung der Gegenleistung.
4. Abmachung, daß die Gegenleistung in Raten geschehen kann.

Im Worte „Abzahlungsgeschäft" läge ein Grund, die Tauschform dafür von vorneherein auszuschalten. „Zahlung" deutet auf Geld und Preis hin, was beides beim Tausch begrifflich ausgeschlossen ist. Bei näherem Zusehen aber ergibt sich, daß die Rolle, die Geld und Zahlung in diesem Vertrage innehaben, auch von einer Ware eingenommen werden kann,

1. wenn die Leistung, die in „Abzahlungen“ gemacht werden soll, eine Fahrnis ist;
2. wenn sie, ohne an Wert zu verlieren, beliebig teilbar ist;
3. wenn die Teilleistungen im Interesse des Lieferanten zur Erleichterung der Liquidation seiner Verpflichtung in den Vertrag aufgenommen wurden.

Unter diesen Umständen kann das Abzahlungsgeschäft auch auf den Tausch angewendet werden. Es ist dann zu definieren als die Veräußerung von beweglichen Sachen, bei der die Uebergabe des einen Vertragsgegenstandes sofort und ganz vollzogen wird, während die Gegenleistung in periodischen Teillieferungen zu geschehen hat.

Denkbar und anwendbar sind beim Tausche auch die Sicherungsklauseln des Abzahlungsgeschäftes, soweit sie beim Kaufe zulässig sind. So vor allem der Eigentumsvorbehalt an der einen vollständig im voraus gelieferten Sache bis zur vollen Lieferung der Gegenleistung. Allerdings ist der normale Verlauf des Tauschgeschäftes die Lieferung Zug um Zug. Sie ist es aber auch beim Kaufe. Es liegt also kein Grund vor, dem Tauschkontrahenten eine Erleichterung in der Lieferung und den Sicherungsmaßnahmen zu versagen, die beim Kaufe gute Dienste leistet. Dem formellen Eintrag im Register der Eigentumsvorbehalte steht nichts im Wege. Art. 715 ZGB nennt nicht die durch ein bestimmtes Rechtsgeschäft erworbene Sache, sondern einfach nur eine „dem Erwerber übertragene bewegliche Sache“ zum Eintrag geeignet.

Etwas schwieriger gestaltet sich die Anwendung von Art. 716 ZGB auf den Tausch. Darnach können Gegenstände, die mit Eigentumsvorbehalt übertragen worden sind, vom Eigentümer nur unter der Bedingung zurückverlangt werden, „daß er die vom Erwerber geleisteten Abzahlungen unter Abzug eines

angemessenen Mietzinses und einer Entschädigung für Abnutzung zurückerstattet.“ Für den Tausch ergäbe sich daraus die merkwürdige Lage, daß der Tauschkontrahent, der richtig erfüllt hat, seinem säumigen Vertragsgegner beim Rücktritt vom Vertrag noch einen Geldbetrag auszahlen müßte, der dem Wert der empfangenen Ratenleistungen, vermindert um einen angemessenen Mietzins und eine Entschädigung für Abnutzung entspricht. Das wäre jedoch eine unbillige Härte für den richtig erfüllenden Tauschkontrahenten, der tauschte, um ein Geldgeschäft zu vermeiden. Es muß hier dem Richter ein großer Spielraum gelassen werden, die Bedingungen des Rücktritts den Umständen des einzelnen Falles anzupassen, sei es durch Anordnung der Rückgabe auch der erfolgten Ratenleistungen, sofern sie noch vorhanden sind, oder einer Geldzahlung des vertragstreuen Teiles. Es wäre aber nicht angebracht, den Eigentumsvorbehalt beim Tausche deshalb zu versagen, weil die Sanktion für nicht richtig erfüllte Vertragspunkte zu Maßnahmen führen könnte, die dem Wesen des Tausches nicht ganz entsprechen, oder weil die Auflösung des Vertrages nicht in gleicher Weise vor sich gehen könnte, wie dessen Abschluß und richtige Erfüllung.

Anhang.

§ 18. Der Geldwechsel.

Im Wirtschaftsleben erscheint der Geldwechsel äußerlich als ein Tausch: Es werden Zug um Zug in zwei Hingabegeschäften Geldstücke oder Geldnoten gegeneinander ausgetauscht. Rechtlich jedoch kann dies Verschiedenes bedeuten: Kauf, Tausch, oder keines von beiden, ein Vertrag für sich.

Die Meinungen hierüber gehen auseinander. Die Wissenschaft hat verschiedentlich dazu Stellung genommen, besonders im Hinblick auf das deutsche Recht.

Koch[1]) versteht unter Geldwechsel das Geschäft der kleinen Bankiers, der Wechselstuben, und reiht ihn unter den Kaufvertrag ein. „Die eine Münzsorte erscheint dabei als Ware, die andere als Geld."

Cosack[2]) ist unbestimmt und läßt für den Geldwechsel sowohl Kauf als Tausch zu. „Auch Geld kann Gegenstand des Kaufes sein, namentlich ausländisches Geld, seltene Thalerstücke. Dagegen ist der gewöhnliche Geldwechselvertrag, mag er nun inländisches oder ausländisches Geld betreffen, nicht Kauf, sondern Tausch; denn es läßt sich hier gar nicht feststellen, welche der beiden Geldsorten die Ware, welche den Kaufpreis darstellen soll, welche der Parteien Verkäufer, welche Käufer ist." Dagegen: „Die Fälle des gewöhnlichen Geldwechselns, bei denen die Leistungen beider Parteien auf Geld gerichtet sind, sind sogar die wichtigste Art des Kaufvertrages." Diese Schlußfolgerung, daß der Geldwechsel darum Tausch sein muß, weil er nicht Kauf ist, erscheint willkürlich. Die

[1]) Koch, Geld und Wertpapier, 1889.

[2]) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, S. 388.

Verneinung des Kaufvertrages darf nicht ohne weiteres als Begründung zur Annahme eines Tauschvertrages angesehen werden.

Anders Witte[1]), der den Geldwechsel in die Tauschverträge einreiht, indem er schon in die Definition des Tausches den Geldwechsel einbezieht: „Der Tausch ist als ein Vertrag zu definieren, der auf die Hingabe von Geld gegen Geld oder Ueberlassung eines andern Vermögensgutes gegen ein nicht als Geld in Betracht kommendes gerichtet ist." „Beim Geldwechseln kann man mit viel größerem Rechte von einer Gleichartigkeit der Leistungen sprechen, als in den übrigen Fällen des Tauschens; denn bei diesen spricht man von Gleichartigkeit nur im Hinblick darauf, daß nicht eine derartige Verschiedenartigkeit der Leistungen vorliegt, wie beim Kaufvertrage. Während sonst beim Tausche die Verschiedenheit gegenüber dem Kauf in der Leistung des Käufers zu erblicken ist, liegt sie beim Geldtausche in der Leistung des Verkäufers und einer der beiden Tauschparteien. Als Besonderheit ergibt sich somit für den Tausch gegenüber dem Kaufe nicht, daß bei ihm das Geld in seiner allgemeinen Wertmesserfunktion überhaupt nicht auftreten darf, sondern daß die Leistung des einen Kontrahenten hierin nicht bestehen darf, während seitens der Gegenpartei ein anderes als in Geld bestehendes Gut zu gewähren ist." Diese Definition des Tausches und ihre Begründung muß wegen der darin vertretenen eigenartigen Auffassung des Geldes als Wertmesser von vornherein abgelehnt werden.

Die Funktion des Geldes als Wertmesser nach Parteiwillen ausschalten und Geld doch als Tauschobjekt annehmen zu können, glaubt Endemann[2]):

[1]) Witte, Der Tausch, S. 5 ff.
[2]) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 9. Aufl., S. 672.

„Auch Geld kann demnach, insoweit es nicht als Preis, sondern als Kaufobjekt benutzt wird, als Tauschobjekt dienen. Dieser Fall liegt einerseits bezüglich des ausländischen Geldes vor und im Hinblick auf das inländische für Geldstücke, wenn die ihnen vom Staate beigelegte allgemeine Wertmesserfunktion nicht in Betracht gezogen wird, sondern denselben von den Parteien oder einer derselben ein höherer als jener allgemeine Wert beigelegt wird."

Mit Recht widerlegt diese Auffassung Bechmann[1]): „Auch darüber sollte man billig nicht streiten, daß die Geldfunktion, die auf öffentlicher Autorität beruht, im einzelnen Falle nicht durch Parteiwillen, weder durch einseitigen, noch durch vertragsmäßigen, aufgehoben oder suspendiert werden kann." Er geht hierin allerdings nicht weit genug, indem er die Folgerung aus diesem Satze nur für den Kauf zieht und sowohl für das Umwechseln von Münzen der gleichen Währung, als auch fremder gegen einheimische Währung, ein Tauschgeschäft annimmt.

Es ist für das deutsche Recht noch eine dritte Lösung der Frage aufgestellt worden: „Geldwechsel ist weder Kauf noch Tausch, sondern ein Vertrag eigener Art." Sie wird vertreten von Flesch[2]), der davon ausgeht, „daß beim Kauf wie beim Tausch der Gegner vom Moment des Vertragschlusses an bei individuell bestimmtem Tauschobjekt die Gefahr tragen müsse, was doch offenbar hier zu ganz unbilligen Resultaten führen würde."

Die Mehrzahl der deutschen Autoren äußern sich also dahin, daß der Geldwechsel als Tausch aufzufassen sei; doch haben auch die Gegner dieser Auffassung beachtenswerte Gründe. Die geschilderten Meinungsverschiedenheiten im deutschen Recht können

[1]) Bechmann, Der Kauf, Bd. II, S. 153.
[2]) In Bechmann, a. a. O.

auch für das schweizerische Recht auftauchen. Das Obligationenrecht nimmt nicht Stellung dazu. Ein großer Teil der täglichen Geldwechselgeschäfte beruht auf Gewohnheitsrecht, das noch wenig erkannt ist. Unsere Untersuchung muß sich daher auf die Hauptpunkte beschränken. Sie hat sich einerseits auf die verschiedenen Arten des Geldes, andererseits auf die verschiedenen Tauschmöglichkeiten zu erstrecken.

a) Vom Geld mit gesetzlichem Kurs, dem sogen. Währungsgeld, sind die außer Kurs gesetzten alten Münzen zu unterscheiden, die als Geld nicht in Betracht kommen. Sie sind im Verkehr als Handelsobjekte sowohl Gattungs-, als auch Speziessachen und haben einen Preis wie gewöhnliche Sachen. Sie sind Wertträger, aber nur für Liebhaber. Der Staat anerkennt sie nicht als Preisausdrucksmittel. Sind sie Kaufgegenstand, so unterliegen sie den Regeln über die Kaufsache; ihre Gegenleistung, der Preis, unterliegt den Preisregeln. Sie können aber auch Tauschgegenstand sein, und dann müssen die Tauschregeln unverändert angewendet werden.

b) Geld im weitern Sinne sind bewegliche Sachen (Metall, Papier oder andere Gegenstände), welche im Verkehr als Wertmesser für die Wirtschaftsgüter dienen und als allgemeines Preisausdrucksmittel und Tauschmittel benutzt werden. Geld in diesem Sinne sind also nicht nur inländische, sondern auch alle ausländischen Münzen, sowie das in- und ausländische Papiergeld. Geld i. w. S. ist auch das Naturalgeld, das bei unzivilisierten Völkern im Gebrauch ist; doch kommt es für unsere Verhältnisse als solches nicht in Betracht. Im Verkehr mit diesen Völkern wird es als Tauschobjekt betrachtet und kann keine Preisfunktion übernehmen.

c) Innerhalb eines Staates unterscheidet man wieder die eigene Währung von der ausländischen Währung.

Die eigene Währung ist das Geld im engeren Sinne. Sie ist das vom betreffenden Staate für seine Einwohner gelieferte Preisausdrucksmittel, die Landesmünze (OR Art. 84).

Das häufigste Leistungsobjekt im Verkehr ist Geld im engern Sinne. Es bildet bei den meisten zweiseitigen Verträgen die Ausgleichsleistung und ist auch Ersatz für jede andere Leistung, die ausbleibt oder nicht richtig erfolgt. Diese außerordentliche Häufigkeit und Beliebtheit der Geldleistung rührt daher, daß ihr Objekt nicht auf die Qualität hin geprüft zu werden braucht. Sie wird vom Staate garantiert[1]) und kann mit einer bloßen Zahl bestimmt werden. Ferner ist die Vollstreckung der Geldschuld einfacher und sicherer als die der Sachschuld.

Geld im weiteren Sinne kann Gegenstand einer Speziesschuld sein. Dann wird es aber nicht gezählt, sondern als Individualsache behandelt. Die Gefahrtragung für Geld als Speziesschuld ist die gleiche, wie für eine gewöhnliche Speziessache. Man wird aber im Verkehr eine solche Verpflichtung nicht mit dem Namen Geldschuld bezeichnen. Von Geldschuld spricht man, wenn sie als Gattungsschuld gemeint ist. Diese bildet die Regel. Nicht bestimmte, individualisierte Geldstücke sind zu leisten, sondern ein „Betrag" Geldes. Sie ist Wertschuld; der Gegenkontrahent will durch das Geld einen bestimmten Wert bekommen. Innerhalb der Währung kann eine bestimmte Art Geldzeichen als Leistung verabredet sein. Sie kann auch auf fremde Währung lauten. Eine solche Verpflichtung heißt Geldsortenschuld.

Es fragt sich nun, ob Geld in einem Tauschvertrag Leistungsgegenstand sein kann. Im Zusammenhang damit steht die Frage, ob es Kaufgegenstand sein

[1]) Bundesgesetz über das eidgenössische Münzwesen vom Jahre 1850.

kann; denn für beides muß die Lösung gleich lauten[1]). Dabei sind folgende drei Arten des Geldwechsels zu untersuchen:

a) Landeswährung gegen Auslandwährung,
b) Auslandwährung gegen Auslandwährung,
c) Landeswährung gegen Landeswährung.

a) Landeswährung gegen Auslandwährung.

Auf den ersten Blick scheint dieser Geldwechsel Kauf zu sein: Ausländisches Geld wird auf dem Markte wie Ware angeboten und wie Ware gesucht. Die Gegenleistung ist ein Marktpreis, der durch die Kursnotierungen scharf herausgebildet und allgemein anerkannt ist. Die gewöhnliche Abwicklung des Geschäftes geschieht Zug um Zug. Als Geldsortenkauf wäre es ein Kauf von Gattungsware mit der Besonderheit, daß der Preis mit Hilfe einer abstrakten Verhältniszahl durch Umrechnung bestimmt wird.

Ist dies aber ein Kauf im Sinne des OR? Die Legaldefinition des Kaufes nach Art. 184 könnte zwar an sich auf den Geldsortenkauf übertragen werden; denn die drei wesentlichen Bestandteile: Kaufgegenstand, Uebertragung des Eigentums und Kaufpreis, sind vorhanden. Doch ist dies nicht ausschlaggebend. Eine Reihe wichtiger Kaufsregeln sind nicht anwendbar, vor allem nicht die über Gewährleistung und Entwehrung. Geld ist nur ein Tauschvermittler; er wird vom Staate zur Verfügung gestellt, und eine privatrechtliche Mängelrüge ist nicht möglich. Weder der Feinmetallgehalt der Münzen noch deren Abnutzung kann Gegenstand einer Klage sein. Keine der beiden ausgewechselten Geldsorten, auch nicht diejenige, der bei Annahme eines Kaufes die Rolle des Kaufgegen-

[1]) Siehe das Kapitel über den Tauschgegenstand S. 33 ff., in dem dargelegt wird, daß alles, was als Kaufgegenstand in Betracht kommt, auch Tauschgegenstand sein kann.

standes zugewiesen werden müßte, unterliegt diesen Regeln.

Eine weitere Schwierigkeit bietet der Konsens über Kaufgegenstand und Preis. Der Inländer, der Auslandswährung wünscht, betrachtet sich selbst als Käufer. Aber auch der Lieferant kann sich mit der gleichen Berechtigung als Käufer ansehen. Das Kriterium, ob ein Kontrahent sich als Käufer oder Verkäufer betrachtet, liegt nur in seiner subjektiven Einstellung zu der betreffenden Geldsorte. Ausschlaggebend ist, daß beide Kontrahenten nicht die gleichen Sachen als Kaufgegenstand und Preis annehmen. Im täglichen Leben ist diese feine Unterscheidung nicht von großer Bedeutung; denn die Geldwechselgeschäfte werden nach Gewohnheitsrecht abgewickelt, das einfache, aber feste Formen dafür ausgebildet hat. Es sind aber sehr wohl Streitfälle möglich, in denen beide Parteien sich z. B. als Käufer auf die gleichen rechtlichen Bestimmungen berufen wollen. Es könnte zu Unbilligkeiten führen, wenn dann ein Richter die Münze seines Landes einfach als Preis und das ausländische Geld als Kaufgegenstand betrachten würde. Er könnte dies um so weniger, als auch das OR (mit Ausnahme von Art. 84) keine solche Unterscheidung macht und unter dem Begriff „Geld" inländische und ausländische Währung einander gleich stellt.

Der „Kauf" ausländischer Währung ist also kein eigentlicher Kauf. Ist er darum Tausch? Bei dieser Annahme würde die Schwierigkeit, Käufer und Verkäufer zu unterscheiden, wegfallen, da jede Vertragspartei in Bezug auf die zu erhaltende Sache als Käufer und in Bezug auf die von ihr versprochene Sache als Verkäufer behandelt werden kann. Doch erhebt sich dabei das gleiche Bedenken wie beim Geld-„kauf". Darf ein Vertrag als Tausch behandelt werden, wenn wohl die erste, sehr allgemein gefaßte Tauschbestimmung

(Art. 237) angewendet werden könnte, die einzige Spezialbestimmung des Tauschrechtes aber (Art. 238) nicht darauf übertragbar ist? Art. 238 stellt die Regeln auf, die bei Entwehrung der eingetauschten Sache und bei Mängelrüge zur Anwendung kommen. Nach Art. 935 ZGB kann aber Geld[1]) einem gutgläubigen Empfänger nicht abgefordert werden. Es gibt keine Entwehrung bei reinen Geldgeschäften, keine zivilrechtlich geschädigte Partei, weder Schadenersatz noch Rückforderung. Ueber die Mängel ist das Gleiche zu sagen wie beim Kauf. Bei Geld kommt nur ein Mangel in Frage, die Fälschung. Dieser ist aber strafrechtlicher Natur und kann hier nicht näher untersucht werden.

Es ginge auch nicht an, diesen Geldkauf als Unterart des Tausches zu konstruieren.

b) Auslandwährung gegen Auslandwährung.

Hier ist die Parteistellung ohne Zweifel diejenige des Tausches. Die Kontrahenten stehen sich vollständig gleichberechtigt gegenüber; jede ist im gleichen Sinne Käufer wie die andere und Verkäufer wie die andere. Der Konsens über die Vertragsgegenstände ist hergestellt. Können sie aber in ihrer Eigenschaft als Geldleistungen wie Sachen in dinglichen Zusammenhang gebracht werden, so daß die Tauschregeln des Art. 238 in Anwendung kommen können? Die Frage ist bestimmt zu verneinen. Auch diese Art von Geldwechsel ist weder Kauf noch Tausch, sondern ein Vertrag sui generis, dessen Regeln Gewohnheitsrecht, z. T. auch Usancen sind.

c) Inlandwährung gegen Inlandwährung.

Dieses Geldgeschäft ist das Auswechseln zweier verschiedener Münzsorten des gleichen Münzsystems. Aeußerlich liegen wie beim Einwechseln von Auslands-

[1]) Geld ist hier im weitesten Sinne zu verstehen, also in- und ausländische Währung.

währung die drei wesentlichen Erfordernisse des Kaufes bezw. des Tausches vor: Auswechslung zweier Sachen mit gegenseitiger Eigentumsübertragung. Doch kommt hier noch deutlicher als dort zur Geltung, daß sie weder Kauf noch Tausch sind; denn auch die Kursnotierung, die als Markt- und Börsenpreis aufgefaßt werden könnte, fällt weg. Es gibt hier überhaupt keine Abmachung des Preises oder Bestimmung der Gegenleistung. Der „Preis", die Höhe der Gegenleistung, ist zum vornherein bestimmt durch die zahlenmäßige Werttarifierung des Geldes. Das einzige, was den Parteien zu bestimmen bleibt, ist, kaufrechtlich gesprochen, die Geldsorte, die Gattung der Ware. Spezialabmachungen, wie Lieferungstermin, Qualität der Sache und dergleichen, sind ausgeschlossen. Wird der „Preis" anders festgesetzt, als der Ausgleich der zahlenmäßigen Aufschrift der Geldstücke auf beiden Seiten ergibt, so besteht für die Differenz ein Rechtsgeschäft für sich, meistens Schenkung. Wird für die Gefälligkeit des Auswechselns ein Ueberschuß gegeben, so gehört er ebenfalls juristisch nicht zur Gegenleistung.

In diesem Sinne kann ebenfalls der Konto-Korrentverkehr mit den Banken als Geldwechsel aufgefaßt werden. Doch auch hier trennt man das Wechselgeschäft tatsächlich und juristisch vom Entgelt für die Mühewaltung der Bank. Die gegenseitigen Forderungen werden ohne Aufschlag in Rechnung gestellt, und die sogenannte Kommission oder Provision wird als eigener Posten aufgeführt ohne direkten Zusammenhang mit den einzelnen Geldgeschäften.

Der Geldwechsel, insbesondere derjenige von Inlandgeld, ist in der Regel Zug um Zug zu erfüllen. Als echter Kauf- oder Tauschvertrag müßte er aber auch die Möglichkeit zulassen, durch besondere Verabredung der Parteien die beiden Erfüllungsakte zeitlich

auseinander zu ziehen, ohne daß der Vertrag dadurch ein anderer würde. Der Geldwechselvertrag läßt dies aber nicht zu. Wird die Hingabe der einen Geldleistung zeitlich von der andern Geldleistung getrennt, so ergibt sich der Tatbestand des Darlehens nach Art. 312 OR: „. . . . Uebertragung des Eigentums an einer Summe Geldes . . . . und Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte."

Es sind somit alle drei Arten der Geldwechselgeschäfte, wenn auch aus verschiedenen Gründen, weder Kauf noch Tausch. Sie sind Verträge eigener Art und haben ihre besonderen rechtlichen Normen.